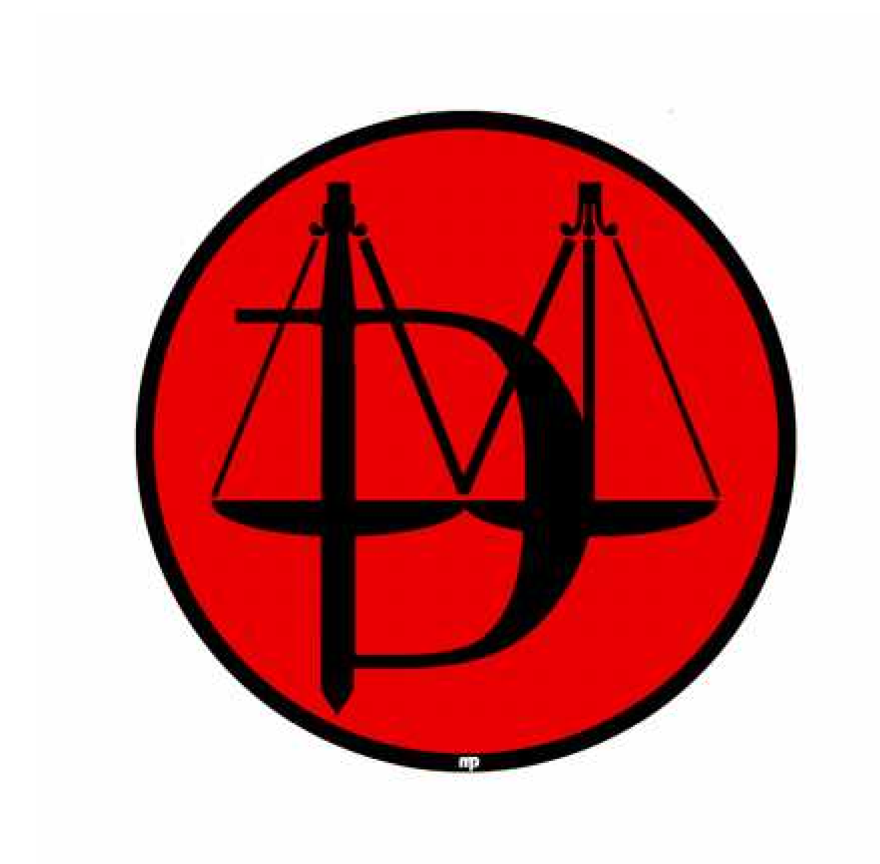
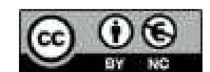


DERECHO PENAL I, PRIMER PARCIAL

Apuntes personales. Curso 2015/2016

DESCRIPCIÓN BREVE



En la elaboración de mis apuntes tengo por costumbre emplear la edición más actual de la bibliografía recomendada en las guías de estudio y de las disposiciones normativas vigentes. Pero, ¿por qué no estudio por los libros? Porque en los años que llevo estudiando por la UNED, salvando algunos libros de los recomendados que son verdaderamente buenos, una gran mayoría no está a la altura de lo que se espera por el precio que se paga por ellos, entre otras cosas por la falta de una narración expositora clara, interminables divagaciones a los efectos de aumentar el número de páginas, numerosas erratas gramaticales, ortográficas e incluso en las citas de jurisprudencia, etc. Incluso, en ocasiones, parece como si existiera un interés subyacente en publicar cuantas más reediciones del libro mejor, aunque solo se modifique un 1% del mismo (vicisitud esta que con una fe de erratas quedaría solventada).

Por esos motivos estudio por mis propios apuntes. Intento que sean lo más claros, resumidos y correctos posible sin obviar nada importante que pudiera ser objeto de examen. No obstante, como toda interpretación subjetiva, tanto en estos como en cualesquiera otros, puede conllevar la exclusión desafortunada de materia de examen. ¡Es el riesgo de estudiar por apuntes!

Finalmente, el uso de la licencia Creative Commons anteriormente expuesta tiene una sencilla razón de existencia: poder seguirle la pista a mis apuntes. ¿Por qué? Porque, personalmente, entiendo que en Derecho, como en muchos otros estudios, no basta con adquirir unos conocimientos para aprobar una asignatura y pasar página, sino que hay que estar actualizando los conocimientos constantemente. Así, tener conocimiento de reediciones posteriores que se hagan de los mismos, me permite seguir beneficiándome en el futuro del trabajo y del esfuerzo que un día puse desinteresadamente a disposición de todo el que estuviera interesado.

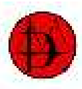
¡Ánimo, sé constante y suerte en los exámenes!

BLOQUE 1

INTRODUCCIÓN

Lección 1. Conceptos básicos del Derecho penal. Epígrafes:

- 1. La parte general del Derecho penal: sistemática del estudio del Derecho penal.
- 2. Concepto del Derecho penal.
  - 2.1. Concepto formal y material del Derecho penal.
  - 2.2. Derecho penal objetivo y subjetivo: la legitimación del Derecho penal.
- 3. Los bienes jurídicos como objeto de protección del Derecho penal.
  - 3.1. Concepto de bien jurídico.
  - 3.2. Clases de bienes jurídicos.
    - 3.2.1. Bienes jurídicos individuales: el núcleo del Derecho penal.
    - 3.2.2. Bienes jurídicos colectivos: su justificación y alcance.
    - 3.3.3. Bienes jurídicos supraindividuales: su delimitación de los bienes jurídicos colectivos.
- 4. La función de control social del Derecho penal: alcance e instrumentos de la protección penal de los bienes jurídicos.
  - 4.1. Los límites de la protección penal: el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal.
  - 4.2. La ley penal: norma y sanción.
  - 4.3. El proceso penal.
- 5. El concepto de delito: la concreción del ámbito de protección penal.
  - 5.1. Concepto material del delito.
    - 5.1.1. La determinación del ámbito de lo delictivo: las concepciones imperantes en una sociedad.
    - 5.1.2. El concepto material del delito.
  - 5.2. Concepto analítico del delito (remisión).
- 6. Las consecuencias jurídicas del delito.
  - 6.1. Las penas: fundamento y fines.
    - 6.1.1. Los principios básicos en la fundamentación de las penas: retribución y prevención.
    - 6.1.2. Las teorías de la pena.
    - 6.1.3. Recapitulación y conclusiones: las teorías unitarias como modelo explicativo de la imposición de la pena; su adaptación al sistema español.
    - 6.1.4. Tipología de las penas (remisión).
  - 6.2. Las medidas de seguridad y reinserción social.
    - 6.2.1. El fin de las medidas de seguridad: la prevención especial.
    - 6.2.2. Campo subjetivo de aplicación.
    - 6.2.3. Naturaleza y duración de las medidas de seguridad y reinserción social.
    - 6.2.4. Tipología de las medidas de seguridad y reinserción social (remisión).



Lección 2. El Derecho penal en el ordenamiento jurídico. El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal. Epígrafes:

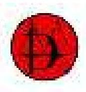
- 1. La delimitación del derecho penal del resto de los sectores del ordenamiento jurídico. Derecho penal y derecho administrativo.
- 2. La llamada naturaleza secundaria del Derecho penal.
- 3. Fuentes del Derecho penal.
- 4. El principio de legalidad de los delitos y de las penas.
- 5. El principio de legalidad en el Derecho penal español.
- 6. Problemas que plantea.
- 7. Aplicación del Derecho penal: interpretación y analogía.

Lección 3. La aplicación de la ley penal (I): la ley penal en el tiempo. Epígrafes:

- 1. Eficacia temporal de las leyes penales. Consideraciones generales: promulgación y derogación de la ley penal.
- 2. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Las leyes penales intermedias y temporales.
  - 2.1. El principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable.
    - 2.1.1. Fundamento y regulación.
    - 2.1.2. Casos problemáticos.
  - 2.2. El principio de retroactividad de la ley penal más favorable.
    - 2.2.1. Fundamento.
    - 2.2.2. Ámbito de aplicación.
    - 2.2.3. Problemas de determinación de la ley más favorable.
    - 2.2.4. Supuestos especiales: las leyes penales intermedias y las leyes temporales.

Lección 4. La aplicación de la ley penal (II): la ley penal en el espacio. Derecho penal internacional. Epígrafes:

- 1. La ley penal en el espacio. Cuestiones generales y principios de aplicación.
  - 1.1. El principio de territorialidad.
    - 1.1.1. Contenido y fundamento.
    - 1.1.2. El concepto jurídico de territorio.
    - 1.1.3. Lugar de comisión del delito.
  - 1.2. El principio de personalidad activa.
    - 1.2.1. Contenido y fundamento.
    - 1.2.2. Requisitos legales para su aplicación.
  - 1.3. El principio real o de protección de intereses.
    - 1.3.1. Contenido y fundamento.
    - 1.3.2. Regulación española.
    - 1.3.3. Listado de delitos a los que se extiende.
    - 1.3.4. Requisitos legales.
  - 1.4. Principio de jurisdicción universal.
    - 1.4.1. Contenido y fundamento.
    - 1.4.2. Regulación española.
    - 1.4.3. Delitos a los que se extiende.



        - 1.4.4. Requisitos legales.
    - 1.5. El principio de personalidad pasiva (o de protección de los nacionales).
        - 1.5.1. Contenido y fundamento.
        - 1.5.2. Regulación española.
        - 1.5.3. Delitos a los que se extiende.
        - 1.5.4. Requisitos legales.
    - 1.6. El principio de justicia supletoria.
    - 1.7. La cláusula *aut dere aut iudicare*.
- 2. Cooperación judicial interestatal.
    - 2.1. La extradición.
        - 2.1.1. La extradición activa en la LECrim.
        - 2.2.2. La extradición pasiva en la Ley de 1985.
    - 2.2. El asilo.
    - 2.3. La cooperación en la Unión Europea.
- 3. Derecho penal internacional. Especial consideración del estatuto de la Corte Penal Internacional.



LECCIÓN 1

CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL

1. LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL: SISTEMÁTICA DEL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

El estudio del Derecho penal se caracteriza por la presencia del pensamiento sistemático, en el que se conciben los códigos penales como el negativo de la Constitución.

La doctrina se ha esforzado por abstraer las garantías y elementos imprescindibles para determinar la responsabilidad penal de los ciudadanos y establecer cómo deben influir en la concreción de las consecuencias jurídicas del delito. Para ello, el primer paso es distinguir entre:

- **Parte general** del Derecho penal (Título preliminar y Libro I, del CP vigente). Que a su vez se subdivide en cinco bloques:
  - La **introducción**. En la que se estudian los fundamentos generales: conceptos básicos, alcance, sistema de fuentes, y ámbitos de aplicación temporal y espacial.
  - La **teoría jurídica del delito**. Analiza la estructura de las infracciones penales con sus múltiples variantes y requisitos, así como las interrelaciones entre estos.
  - Las **consecuencias jurídicas del delito**. Abarca el conocimiento de penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias.
  - El **tratamiento penal de los menores**.
  - La **responsabilidad penal de las personas jurídicas**.
- **Parte especial** del Derecho penal (Libro II del CP vigente). Se centra en el estudio de cada una de las infracciones penales en concreto.

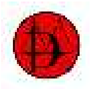
2. CONCEPTO DEL DERECHO PENAL

La naturaleza del Derecho penal es servir como instrumento de control social al servicio de la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad.

2.1. CONCEPTO FORMAL Y MATERIAL DEL DERECHO PENAL

- **Formal**: Sector del ordenamiento jurídico constituido por un conjunto de disposiciones legales que asocian a delitos y estados de peligrosidad criminal como supuestos de hecho; penas y medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas.
- **Material**: Sector del ordenamiento jurídico cuyo objeto es la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo y la sociedad frente a las formas más graves de agresión. Se erige como instrumento de control formalizado con objetivo de mantener el orden social.
  El eje central son los bienes jurídicos, cuya protección es el objeto principal del Derecho penal, contando para ello como instrumentos fundamentales: la previsión y la imposición de penas y medidas de seguridad para los infractores de determinadas normas de conducta.

2.2. DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO: LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL



La legitimación del Derecho penal se explica acudiendo al par conceptual: derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo:

- **Derecho penal objetivo** (*ius poenale)*. Como conjunto de normas penales.
- **Derecho penal subjetivo** (*ius puniendi*). Concepto ligado a la legalidad del poder punitivo del Estado, definiéndose como, el derecho estatal a establecer y aplicar normas penales. Legítimo siempre que su aplicación sea imprescindible para el mantenimiento del orden social.
  - Desde una perspectiva interna; Implica la asunción de una serie de límites derivados de su propia naturaleza de control social, que ha de emplear para su conservación los medios menos lesivos a su alcance.
  - Desde una perspectiva externa; Implica el cumplimiento de los principios constitucionales, fundamentalmente los del art. 10 CE: *"1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.; 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*.

3. LOS BIENES JURÍDICOS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL

El bien jurídico es el objeto fundamental de protección del Derecho penal:

3.1. CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

El bien jurídico es todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho. Más detalladamente, está encarnado en un objeto material o inmaterial, perteneciente a la esfera físico-natural o socio-cultural, tratándose en cualquier caso de un valor ideal del orden social, creado y protegido por el Derecho, que trasciende al concreto objeto en el que se sustancia. *Ejemplos: La vida humana independiente o la integridad física.*

El conjunto de éstos supone la concreción del orden social que ha de proteger el Derecho. Por ello, cada uno de los bienes jurídicos solo puede ser dotado de pleno significado como parte de esta totalidad que conforma un sistema, y su contenido constituirá el límite del campo de actuación del Derecho penal.

Lo anterior se fundamenta concibiendo el orden jurídico imperante en una sociedad determinada como el constituido por las aportaciones que los ciudadanos realizan a través del contrato social.

Desde la concepción material de bien jurídico, para que un bien sea elevado a esta categoría es preciso que constituya uno de los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. Ergo, el Derecho penal protege los bienes jurídicos en tanto en cuanto posibilitan la vida en sociedad. No obstante, éstos no son privativos de los ciudadanos sino que pertenecen al Derecho. Así, cuando son lesionados o puestos en peligros sea el Estado quien esté legitimado para imponer una pena o medida de seguridad: por lo tanto, el Derecho penal tiene naturaleza pública.

- Desde el punto de vista dinámico. Este concepto de bien jurídico puede adaptarse a los cambios en las concepciones ético-sociales, jurídicas, políticas y económicas dominantes en cada momento.



- Desde el punto de vista estático. El concepto queda ligado a las concepciones sociales efectivas, que realmente imperan en una determinada sociedad en un concreto espacio físico temporal.
- Desde una perspectiva práctica: la determinación del bien jurídico protegido en una concreta figura delictiva es factor esencial a la hora de realizar el análisis crítico de la necesidad e idoneidad de la misma y de fijar su ámbito real de aplicación, siendo herramienta imprescindible en el estudio de la parte especial del Derecho penal. Resultando como conclusión que, siempre que exista un medio menos lesivo que la aplicación de una consecuencia jurídico penal para conseguir el objetivo de la protección de los bienes jurídicos y de su función en la sociedad, lo adecuado será acudir a dichos medios extrapenales.

3.2. CLASES DE BIENES JURÍDICOS

Clasificación instrumental en función del portador del bien jurídico y de la relación de este último con el sujeto como individuo:

- **Bienes jurídicos individuales**: el núcleo clásico del Derecho penal.
- **Bienes jurídicos colectivos**: su justificación y alcance.
- **Bienes jurídicos supraindividuales**: su delimitación de los bienes jurídicos colectivos.

3.2.1. Bienes jurídicos individuales: el núcleo clásico del Derecho penal

Aquéllos cuyo portador es el individuo, íntimamente unidos con éste como sujeto de derechos. A este grupo pertenece el núcleo histórico del Derecho penal liberal.

Ejemplo: Art. 138 CP: "1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.; 2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) Cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o; b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550", protege la vida humana independiente.

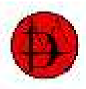
Se plantean dos tesis doctrinales:

- Discurso de resistencia: Sólo éstos deben ser objeto de protección por parte del Derecho penal.
- Discurso de la modernidad: Entiende que en un Estado social y democrático de Derecho, la limitación anterior no está justificada.

3.2.2. Bienes jurídicos colectivos: su justificación y alcance

La existencia de éstos no se entiende de modo autónomo, sino siempre como expresión de la presencia de una serie de bienes jurídicos individuales cuyas barreras de protección quedan así adelantadas, con la finalidad de evitar situaciones que supongan un peligro abstracto para los individuales.

Ejemplo: La salud pública como bien jurídico colectivo, y orientado a su protección, el art. 368 CP: "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas



en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370".

Esta protección se justifica con la definición de Estado social y democrático de Derecho, que además de la igualdad formal de sus miembros, también persigue la igualdad materia efectiva de los mismos. Así, el objetivo radica en proteger las condiciones necesarias para que los bienes jurídicos individuales, que están tras los colectivos, puedan cumplir una función social. Ergo, la protección de éstos está en función de la existencia del *prius* individual.

3.2.3. Bienes jurídicos supraindividuales: su delimitación de los bienes jurídicos colectivos

Su existencia se justifica de modo independiente a los colectivos se encuentra en que, sin una ligazón directa con los bienes individuales, su fundamento se aleja de éstos radicando en la protección de las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema.

El bien jurídico trasciende de la esfera netamente individual protegiendo situaciones, intereses o relaciones pertenecientes al Estado o a la comunidad, sin implicar por ello, garantía negativa alguna para los bienes jurídicos individuales.

Ejemplo: el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Los bienes jurídicos supraindividuales se incardinan en las políticas complejas de carácter social, educativo, cultural, asistencial y de relaciones internacionales, que deben situar la función del Derecho penal en un plano secundario, recurriendo a otros instrumentos más adecuados. No obstante, en los casos más graves de su desprotección en los que se puede llegar a poner en cuestión el propio modelo de convivencia, lo anterior no debe impedir acudir a su protección penal. Así, es menester llegar a un equilibrio sobre la medida adecuada del amparo penal de los bienes jurídicos supraindividuales.

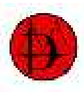
4. LA FUNCIÓN DE CONTROL SOCIAL DEL DERECHO PENAL: ALCANCE E INSTRUMENTOS DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS BIENES JURÍDICOS

Descripción de los límites e instrumentos del Derecho penal.

4.1. LOS LÍMITES DE LA PROTECCIÓN PENAL: EL CARÁCTER DE *ULTIMA RATIO* DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal en su función de protección de los bienes jurídicos se constituye en un subsistema de control social. Dicho control está limitado por su propia función en la vida social. Es decir, el Derecho penal no protege los bienes jurídicos de un modo absoluto, sino solo en cuanto posibilitan la vida en sociedad y precisamente para que puedan desarrollar su función social: no debe ir más allá. Una sobre protección puede obstaculizar o impedir el papel de los mismos.

Riesgo permitido: El Derecho penal permite conductas que incluso si se observan todas las medidas de cuidado posibles suponen la puesta en un cierto peligro de los bienes jurídicos protegidos. Ejemplo: tráfico rodado, navegación aérea…



Los principales instrumentos del Derecho penal, si son aplicados, suponen importantes restricciones a derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que es necesario reservarlos exclusivamente para las formas más graves de puesta en peligro o agresión de los bienes jurídicos.

Por todo lo anterior, nos encontramos ante un sector del ordenamiento jurídico presidido por el **principio de intervención mínima y *ultima ratio***: se aplica sólo ante las agresiones más graves y solo en supuestos en que sea absolutamente necesario por no ser suficiente la protección otorgadas por otros sectores del ordenamiento jurídico.

4.2. LA LEY PENAL: NORMA Y SANCIÓN

En sentido técnico, la ley penal completa incluye una norma, mandato o prohibición, y una sanción aplicable en el caso de que se incumpla la primera. Así, el Derecho penal protege los bienes jurídicos mediante mandatos o prohibiciones:

- Delitos de omisión. No cumplir con la obligación de realizar una conducta mandada por la ley para evitar la puesta en peligro del bien jurídico.
- Delitos de acción. Realizar una conducta prohibida que supongan la lesión o puesta en peligro del mismo.

La respuesta a la comisión de un delito se concreta en la imposición de penas y/o medidas de seguridad y reinserción social.

Así, a pesar de su actuación a posteriori de la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido, la mera existencia de la norma y la certeza de que su incumplimiento conlleva la imposición de la sanción oportuna, actúan como factores esenciales en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Por ello, estamos ante normas de determinación.

4.3. EL PROCESO PENAL

Para hacer en última instancia efectivo el *ius puniendi* es necesario el concurso del proceso penal. Ya que a solo a través del mismo puede sustanciarse la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: la pena.

5. EL CONCEPTO DEL DELITO: LA CONCRECIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN PENAL

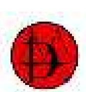
Para definir el concepto delito hay que recurrir a las perspectivas material y analítica del mismo.

5.1. CONCEPTO MATERIAL DEL DELITO

5.1.1. La determinación del ámbito de lo delictivo: las concepciones imperantes en una sociedad

Son de cuatro tipos: ético-sociales, jurídicas, políticas y económicas. Éstas se entrelazan entre sí y tienen carácter cambiante. Así, con el paso del tiempo, el contenido de las conductas consideradas delictivas también cambia: fenómeno denominado **historicidad** del Derecho penal.

- **Las concepciones ético-sociales**. Considera delictivas las conductas que suponen una grave vulneración de las concepciones ético-sociales de una época. Es uno de los factores fundamentales en



la transformación progresiva del ordenamiento jurídico penal. *Ejemplo: la usura ha sido perseguida o no, dependiendo de la época.*

- **Las concepciones jurídicas**. Durante un largo proceso se ha producido una especialización de los contenidos del Derecho penal que, abandonando concepciones que equiparaban Moral y Derecho, pecado y delito, ha acabado por sancionar exclusivamente las conductas contrarias a las normas fundamentales de la Ética social, dejando de lado cualquier intento de imponer la moralidad en el ámbito subjetivo. *Ejemplo: la despenalización de ciertas conductas relacionadas con la moral sexual.*
- **Las concepciones políticas**. Decisivas en la determinación de las conductas delictivas en una sociedad. Así, los cambios en el régimen político de un Estado suponen invariablemente reformas en profundidad de las normas jurídico-penales.
- **Las concepciones económicas**. Muy relacionadas con las de carácter político, han tenido gran influencia en el devenir del Derecho penal. *Ejemplo: en España se ha pasado de castigar la emigración clandestina hasta finales del s. XX, a reprimir con dureza los casos de inmigración clandestina hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015.*

5.1.2. El concepto material del delito

- **Percepción material**: Delito como la conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y atenta gravemente contra las concepciones ético-sociales, jurídicas, políticas y económicas fundamentales de una sociedad.
- **Percepción formal**: Dicha conducta se encuentra recogida en las leyes penales bajo la amenaza de una sanción penal.

A pesar de la historicidad del Derecho penal, no es conveniente que el mismo esté sometido a continuas fluctuaciones. Dado que afecta a las conductas más graves que ponen en peligro los bienes jurídicos fundamentales del individuo y la sociedad, y que su aplicación supone la restricción de derechos y libertades fundamentales, es conveniente que la regulación penal tenga una cierta permanencia y estabilidad.

5.2. CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO

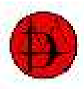
El concepto analítico del delito nos permite conoce qué elementos (cinco) deben concurrir para determinar la responsabilidad penal de un sujeto por unos determinados hechos.

La estructura del delito está formada por una **conducta** (acción u omisión), **típica** (incluye los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva), **antijurídica** (ilícita), **culpable** (reprochable a su autor), y **punible**.

Éstos están unidos por una relación lógica de carácter secuencial: no puede darse uno de ellos sin que concurra el anterior.

El **injusto del delito** queda determinado por la concurrencia y la valoración de tipicidad y antijuridicidad, cuyo análisis nos permitirá concretar la gravedad material de la conducta y el resultado.

Tras comprobar si el mismo es reprochable a su autor, y en qué medida, podrá calificarse de **injusto culpable**, concepto clave para establecer la responsabilidad penal y la naturaleza y gravedad de la consecuencia jurídica que se haya de imponer.



6. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

El modelo penal vigente ofrece un sistema binario de respuesta a la comisión de un delito:

- Las penas.
- Las medidas de seguridad y de reinserción social.

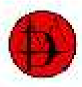
6.1. LAS PENAS: FUNDAMENTO Y FINES

Estudio del porqué y el para qué de la existencia e imposición de este tipo de consecuencias jurídicas del delito.

6.1.1. Los principios básicos en la fundamentación de las penas: retribución y prevención

Existen dos grandes bloques de teorías:

- Las de **carácter retributivo**.
    - Se trata de mirar hacia el delito cometido, centrándose en la necesidad de compensar el mal causado con la comisión del primero, ajena a cualquier efecto que la imposición de la pena pudiera implicar hacia el futuro.
    - Una de las concepciones más primitivas: la Ley del Talión.
    - La pena ha de ser proporcional al delito cometido.
    - Ideas de:
        - En compensación por.
        - Proporcionalidad con.
- Las de **carácter preventivo**.
    - La imposición de la pena se fundamenta en fines preventivos dirigiendo la mirada hacia el futuro, en concreto a los efectos que pueda tener la primera de cara a la prevención de la comisión de nuevos delitos.
    - Comisión del delito es el requisito para la imposición de la pena, cuya duración y naturaleza varía en función de la finalidad que se pretenda alcanzar.
    - Se distinguen dos tipos de prevención:
        - **Prevención general**.
            - Objetivo: Que los miembros de una sociedad se abstengan de cometer cierto tipo de delitos.
            - Determinación de la naturaleza y gravedad de la pena quedan sujetas a lo que se considere necesario para evitar que la población cometa el mismo tipo de delitos en los que tiene su origen la sanción.
            - Se distinguen dos clases de prevención general:
                - **Prevención general positiva o ejemplar**. Para reforzar en la conciencia de los ciudadanos la idea de la vigencia de las normas y delas valoraciones jurídicas que subyacen a las mismas como mejor forma de garantizar su respeto. *Por ejemplo: si un delito tiene una repercusión estadística mínima, la pena podría verse reducida e incluso prescindir de su imposición, al margen de la gravedad material del mismo y de la peligrosidad de su autor*.



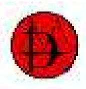
- **Prevención general negativa o intimidatoria**. Efectos disuasorios que puede tener la amenaza de la pena en los ciudadanos. Por ejemplo: en caso de que los índices de criminalidad de una concreta infracción penal sean elevados, se deberá prever para sus autores la pena que se estime necesaria en orden a reconducir esa situación, aunque supere la gravedad material de la conducta y la peligrosidad del concreto condenado.

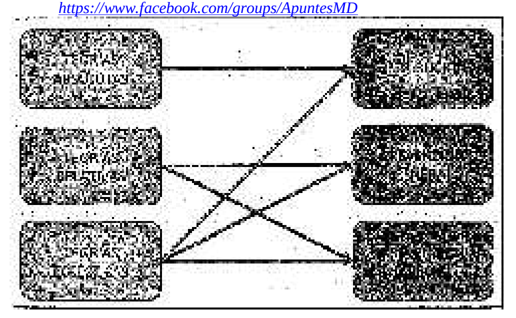
- **Prevención especial**. El condenado frente a futuros delitos.
  - Se centra en la persona del condenado, tratando de que éste no vuelva a delinquir.
  - Finalidad: garantizar que el sujeto no vuelva a delinquir.
  - Idea directamente unida a la peligrosidad del individuo. Pena más gravosa cuanto más peligroso sea el individuo, independientemente de la gravedad del delito cometido. Por el contrario, si el autor presenta un pronóstico favorable de reinserción social se podría llegar a prescindir de la pena.
  - Dos vertientes:
    - **Prevención especial positiva**. Su máxima expresión en la reinserción social del condenado.
    - **Prevención especial negativa**. Su separación de la sociedad.

6.1.2. Las teorías de la pena

Se consideran tres modelos de fundamentación de las penas:

- **Teorías absolutas de la pena**: la retribución por el delito cometido como único fundamento de la pena. La pena está en relación directa y exclusiva con el delito cometido (*punitur quia peccatum est*).
  - **Teoría de la retribución moral de KANT**: la Ley penal es un imperativo categórico. La imposición de la pena se fundamenta en una necesidad ética-exigencia de la justicia, siendo ajenos a su naturaleza los efectos preventivos.
  - **Teoría de la retribución jurídica de HEGEL**: Aplicación de la fórmula dialéctica tesis-antítesis-síntesis; pena como negación del delito, y por tanto, afirmación del Derecho.
- **Teorías relativas o utilitarias de la pena:** la prevención de la comisión de futuros delitos (*punitur ut ne peccetur)* como fundamento de la pena, cuya naturaleza y gravedad depender del tipo de delitos que se pretende evitar.
  El desarrollo teórico de este tipo de planteamientos se sitúa en la Ilustración, en autores como BECCARIA, BIENTHAM, ROMAGNOSI, FILANGERI, FEUERBACH o LARDIZÁBAL.
- **Teorías unitarias, eclécticas o mixtas de la pena:** la combinación de retribución y prevención. La pena debe ser acorde al delito cometido, pero a su vez, dirigirse a evitar la comisión de futuras infracciones penales.
  El origen de este planteamiento lo encontramos con ARISTÓTELES o SANTO TOMÁS, sustentadas posteriormente por teólogos y juristas españoles en los siglos XVI y XVII.
  En la actualidad son las propuestas mayoritarias en la Ciencia del Derecho penal española.

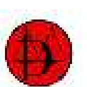




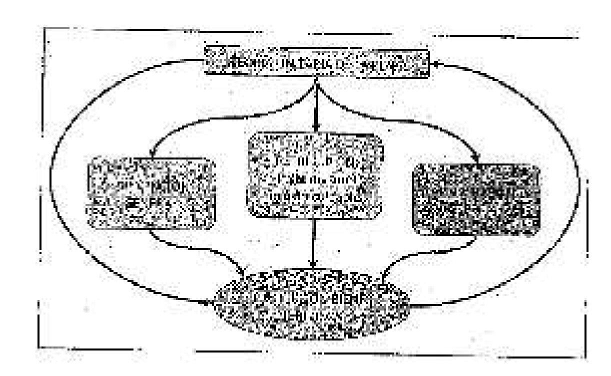
6.1.3. Recapitulación y conclusiones: las teorías unitarias como modelo explicativo de la imposición de la pena; su adaptación al sistema español

La pena tiene en su base un componente retributivo y otro preventivo.

- La **retribución**.
  - La pena ha de ajustarse a la gravedad del delito cometido.
  - La pena se concibe como reafirmación del ordenamiento jurídico, habiéndose reparado con ella el daño provocado por el hecho delictivo.
  - Principal consecuencia: **Gravedad de lo injusto culpable**. La gravedad de la pena aplicable no deberá superar la gravedad material de lo injusto de la conducta y del reproche que merezca el autor
  - Principio de culpabilidad: no hay pena sin culpabilidad, y la medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad.
  - Límites en la determinación de la pena: los trazados en la Constitución: la prohibición de penas inhumanas o degradantes, la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social, y el respeto a la dignidad de la persona (evitando que se utilice al condenado como mero medio para conseguir un fin).
- La **prevención**.
  - La pena ha de estar orientada a la evitación de delitos en el futuro, tanto de la sociedad como del autor.
  - Desde la prevención general: una pena adecuada al principio de retribución tiene un efecto ejemplarizante mayor que una pena desproporcionada.
    - En casos concretos, atendido el resto de necesidades, puede que no sea precisa la aplicación de la pena retributivamente ideal, siendo posible su disminución.
    - Por el contrario, a pesar de estimarse conveniente una pena mayor a la proporcionada a lo injusto culpable, hemos de abstenernos de agravarla. En ningún caso es posible superar la barrera infranqueable representada por la retribución.
  - Desde la prevención especial: la pena está orientada a la rehabilitación y reinserción social del condenado. Así, la pena retributivamente justa facilita dicha función en mayor medida que la pena desproporcionada.
    - En casos concretos, atendido el resto de necesidades, puede estimarse que la pena debiera ser inferior a la retributivamente proporcionada, y así aminorar su gravedad.
    - No puede ocurrir que se aumente la misma por considerarla preventivo especialmente insuficiente, ya que se encuentra con el límite de la retribución (la gravedad de lo injusto culpable).
- El equilibrio entre retribución y prevención.



- El objeto fundamental del Derecho penal es el mantenimiento del orden social a través de la protección de los bienes jurídicos.
- La pena como instrumento del Derecho penal, respetando siempre el límite superior de la retribución, podrá implicar una disminución de dicho máximo por razones preventivas (generales o especiales) siempre que ello no suponga una quiebra del objetivo de protección de los bienes jurídicos vitales fundamentales del individuo y de la sociedad.
- La pena es necesaria para el mantenimiento del orden social.



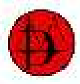
Habiendo analizado la teoría de la pena que se propone, ahora conviene analizar la **teoría de la pena en el sistema penal español**.

El sistema penal español parte de una concepción unitaria de la pena, expresado en el art. 25.2 CE: *"Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y le ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad"*. Es decir, las penas deben estar dirigidas a la prevención especial en su faceta más positiva. Conclusiones:

- En nuestro sistema no cabe una concepción de la pena de carácter absoluto (retribución).
- Nuestro Código Penal sigue una teoría unitaria de la pena, en la que las penas tienen a ser proporcionadas a la gravedad del delito (retribución), pero también existen instituciones que atemperan su naturaleza y gravedad por motivos preventivos.

Sin embargo, podemos encontrar los siguientes defectos en nuestro sistema penal:

- Excesos penalizadores provocados por: un erróneo entendimiento del pensamiento retributivo, por motivos estrictamente preventivo-generales en su vertiente negativa, o por una aplicación distorsionada de los fines preventivo-especiales de la pena. Generando penas desproporcionadas a la gravedad de lo injusto culpable. *Ejemplos: pena de prisión permanente revisable, penas de prisión de hasta 40 años…* Casos que son difícilmente armonizables con el art. 15 CE: *"Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra"*, o con el ya citado art. 25.2 CE.



- Excesos despenalizadores motivados fundamentalmente por razones preventivo-especiales. *Ejemplo: la eximente de regularización en los delitos contra la Hacienda Pública (arts. 305.4) que puede suponer una importante limitación al cumplimiento de las funciones propias de las Haciendas.*

  Art. 305.4 CP: *"Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes del que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa. La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria"*.

6.1.4. Tipología de las penas

Atendiendo a su tipología, tema desarrollado en la tercera parte del curso, encontramos:

- Pena de muerte.
- Penas privativas de libertad.
- Penas privativas de otros derechos.
- Penas pecuniarias.

6.2. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y REINSERCIÓN SOCIAL

Las medidas de seguridad y reinserción social (en adelante medidas de seguridad) conforman la otra cara de la moneda del sistema binario de respuesta a las infracciones penales. Tienen origen en el *Anteproyecto de Código penal suizo de Stoos* de 1893.

6.2.1. El fin de las medidas de seguridad: la prevención especial

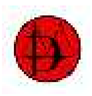
Las medidas de seguridad no son penas, sino que ocupan un vacío dejado por éstas cuando en la respuesta dada a aquellos sujetos a los que, debido a su peligrosidad, la pena adecuada a la gravedad de lo injusto culpable no resulta suficiente.

Por tanto, las medidas de seguridad se imponen atendiendo exclusivamente a la peligrosidad criminal del delincuente, y son de carácter preventivo especial, para evitar que cometa delitos en el futuro. Éstas pueden ser aplicadas:

- Cuando no sea posible aplicar pena alguna: *Casos de inimputabilidad*.
- Cuando actúen como complemento de una pena insuficiente: *Casos de semiimputabilidad o los de libertad vigilada subsiguiente a una pena privativa de libertad (Casos de imputabilidad)*.

Para su imposición es necesario que se den los siguientes requisitos:

- Que el sujeto se encuentre en una de las categorías de estado peligroso recogidas por la Ley.



- Que el sujeto haya cometido una conducta delictiva previa. Siendo este requisito formal garantía de la seguridad jurídica a la vez que indicio de la peligrosidad criminal del sujeto.

Concluyendo que se tratan de medias postdelictuales. En la actualidad las medidas de seguridad predelictuales y basadas exclusivamente en la peligrosidad social se han desterrado del ámbito del Derecho penal español.

6.2.2. Campo subjetivo de aplicación

El campo subjetivo de aplicación de las medidas de seguridad es el de los delincuentes peligrosos, incluyendo teóricamente, tanto ciertos casos de sujetos inimputables y semiimputables, como supuestos de sujetos imputables, donde la doctrina hace especial referencia a los delincuentes habituales de criminalidad grave.

En el sistema penal español se prevén medidas de seguridad para los inimputables, los semiimputables y para los imputables. Pero no se prevén medidas de seguridad específicas para delincuentes habituales de criminalidad grave, pues resultan muy onerosas y de escasos resultados comprobados donde se han aplicado.

6.2.3. Naturaleza y duración de las medidas de seguridad y reinserción social

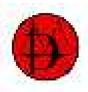
La naturaleza y la duración dependerán del tipo y grado de peligrosidad criminal del sujeto. Así, teóricamente, deberán adaptarse a la peligrosidad del sujeto por tanto tiempo como sea necesario para atajar la misma.

- Naturaleza. El CP supone que las medidas privativas de libertad queden reservadas para aquellos casos en que al sujeto le hubiera correspondido una pena también privativa de libertad (arts. 101 y ss. CP).
- Duración:
  - Límite temporal mínimo. No plantea problemática alguna, ya que su fundamento se encuentra en la prevención especial. Por tanto, cuando se compruebe que el tratamiento ha dado sus frutos, la medida deberá ser levantada o suspendida (arts. 97 y ss. CP).
  - Límite temporal máximo. Plantea mayor problemática, dado que el límite debería venir dado por el éxito de su aplicación. No obstante, ello podría dar lugar a que la medida de seguridad acabara siendo más gravosa que la aplicación de una pena, pudiendo llegar incluso a una privación perpetua de libertad.
    - En el caso de las medidas de seguridad privativas de libertad, aplicables a inimputables y semiimputables, el límite máximo se presupone en el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad que se hubiera impuesto al sujeto de no haber concurrido la causa de inimputabilidad completa o incompleta (arts. 101 y ss. CP).

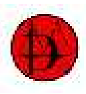
      Pero se confunden el fundamento con los fines de las medidas de seguridad y penas, pudiendo pasar que se agote el tiempo así determinado, y permanezca la causa de la peligrosidad del sujeto.
    - Tras reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo, la inclusión de la pena de prisión permanente revisable nos lleva al otro extremo, implicando la posibilidad de aplicar una medida de seguridad que suponga la privación de libertad de por vida.

6.2.4. Tipología de las medidas de seguridad y reinserción social

Existen dos tipos de medidas de seguridad:



- Privativas de libertad: como el internamiento en centros médicos o de deshabituación.
- No privativas de libertad: como el tratamiento ambulatorio o determinadas prohibiciones y obligaciones.



LECCIÓN 2

EL DERECHO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

1. LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL RESTO DE LOS SECTORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Es necesario distinguir el ilícito penal de otros tipos de ilícito para:

- Evitar acudir en exceso al Derecho penal, criminalizando conductas de escasa gravedad (resultando desproporcionado e injusto, además de colapsar los tribunales penales)
- Atribuir a la Administración un excesivo poder sancionador, cuando se dejan al Derecho administrativo conductas que merecerían un tratamiento penal.

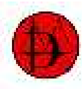
Es opinión mayoritaria entender que entre el ilícito penal y el administrativo no hay diferencias cualitativas, sino cuantitativas (de gravedad). Así, el Derecho Penal se ocupa solo de los atentados más graves contra los bienes jurídicos más importantes.

No obstante, y en ocasiones, en España se dota a la Administración de la potestad de imponer para determinadas conductas multas en ocasiones mucho más graves que las que se pueden alcanzar por vía penal, lo que indicaría que quizás esas conductas debería ser tratadas como delito y castigadas con penas privativas de libertad. La reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha eliminado el libro relativo a las faltas sin solucionar el problema descrito antes, sino más bien al contrario, casi dos tercios de las conductas anteriormente constitutivas de falta se han convertido en delitos leves o delitos menos graves, incrementando con carácter general la dureza de la reacción penal contra las mismas.

Esta frecuencia con la que en las últimas reformas del CP se han convertido en delito lo que antes eran meras infracciones administrativas, quizás responde a que el legislador, por ser incapaz de dar una solución real, acude a la criminalización de conductas, usando simbólicamente el Derecho penal, lo que se opone a su carácter de *ultima ratio* y al principio de intervención mínima. Esto se conoce como **populismo punitivo**.

El límite positivo entre pena y sanción debe trazarse con atención minuciosa al criterio de gravedad de las infracciones desde el punto de vista material, evitando otros criterios que originen disfunciones en el sistema que conlleve la consideración de injusto. Así, la diferencia entre ambos tipos de ilícito es cuantitativa, es decir, de gravedad. Y además, en el Derecho administrativo sancionador se deben aplicar todos los principios fundamentales que rigen en el Derecho penal, entre otros: principios de legalidad, de irretroactividad de las infracciones y sanciones administrativas, de proporcionalidad, el de *ne bis in idem.*

- **Principio *ne bis in idem***. No puede castigarse a alguien dos veces por lo mismo, aplicable a todo el orden jurídico sancionador.
  - Elevado a derecho fundamental por el TC.
  - Dos vertientes:
    - Vertiente procesal: Derecho a no ser juzgado dos veces por lo mismo, o prohibición de doble proceso.



- Vertiente material: Derecho a no ser sancionado dos veces por lo mismo.
- Requisitos impuestos por el TC para su aplicación:
  - Triple identidad: Solo existe *ne bis in idem* cuando se castiga el mismo hecho, referido a un mismo sujeto y el castigo tiene idéntico fundamento.
  - No concurre la identidad de fundamento:
    - Cuando cada una de las sanciones obedece a una perspectiva de defensa social distinta, a la protección de un interés distinto o de distinto bien jurídico.
    - Cuando el castigo por vía administrativa o por vía disciplinaria se fundamenta en la relación especial de sujeción del individuo con la administración o la relación de supremacía especial de la administración.

Sin embargo, en el Derecho administrativo sancionador faltan aún otro principios esenciales: como el de culpabilidad (no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad).

2. LA LLAMADA NATURALEZA SECUNDARIA DEL DERECHO PENAL

Algunos autores mantienen que el Derecho penal no tiene función valorativa, sino meramente sancionadora de las infracciones de las normas propias de otros sectores del ordenamiento, debido a la imposibilidad de distinguir el ilícito penal de otros sectores del ordenamiento jurídico.

No obstante, la mayoría de la doctrina considera lo contrario, ya que en ocasiones se castigan penalmente conductas que no están prohibidas por otras ramas del Derecho, y aun en las veces en que sí lo están, el Derecho penal al elegir cuáles de esos ataques contra bienes jurídicos son los más graves y merecen ser castigados con pena, está haciendo su propia valoración de los mismos.

3. FUENTES DEL DERECHO PENAL

El sistema general de fuentes del Derecho español se regula en el art. 1 CC, siendo éstas: la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, y las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales cuando hayan sido integradas en el ordenamiento jurídico español mediante su publicación íntegra en el BOE.

Además, la jurisprudencia tiene la función de complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, reiteradamente, el TS establezca al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Sin embargo, no se considera fuente del derecho debido a no existe obligación jurídica alguna de seguir una determinada interpretación o doctrina, que puede cambiar en cualquier momento, siempre de forma motivada.

En cuanto a las fuentes del Derecho penal, éstas se verán limitadas por el principio de legalidad y la reserva de ley orgánica impuesta por el art. 81 CE en todo aquello que afecte al desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas.

- **Principio de legalidad**: Solo por ley formal (leyes orgánicas, ordinarias y decretos legislativos) se pueden tipificar delitos y faltas o estados peligrosos, y establecer penas y medidas de seguridad. Ésta



deberá ser orgánica cuando los delitos o faltas, por el bien jurídico protegido, afecten a un derecho fundamental o libertad pública, o prevea consecuencias jurídicas que por su naturaleza afecten a los mismos.

No obstante, los decretos leyes o la costumbre, en algunos casos, pueden ser fuente del Derecho penal en tanto no creen figuras delictivas o estados peligrosos ni establezcan o agraven penas. Una costumbre podría ser la fuente de una causa de justificación penal.

Los principios generales del derecho tienen escasa eficacia como fuente directa del Derecho penal, pero juegan un papel fundamental en la interpretación del Derecho, teniendo un carácter informador en todo el ordenamiento jurídico.

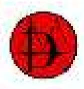
Respecto al derecho internacional, solo tienen vigencia en España los tratados internacionales una vez hayan sido publicados en el BOE. Pero, tras su publicación, el tratado no es ley en sentido formal, por lo que no podrá crear por sí mismo figuras delictivas o estados peligrosos o agravar penas o medidas de seguridad que sean directamente aplicables por los tribunales españoles. Y en el caso de que crearan figuras delictivas, por lo general, no contienen las penas aplicables, que deberán ser incorporadas a través de una ley orgánica a nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto a la costumbre internacional, ésta también forma parte del ordenamiento español, jugando el mismo papel como posible fuente del Derecho penal que la costumbre en general.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

El principio de legalidad se define según el brocardo *nullum crimen nulla poena sine previa lege* (no hay delito ni pena sin ley previa).

En el Derecho internacional, la concepción del principio de legalidad no coincide exactamente con la concepción continental del mismo, debido a que integran tradiciones jurídicas distintas:

- Art. 11.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: *"Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito"*.
- Art. 15 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1955: *"1.) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello; 2.) Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional"*.
- Art. 7 Convenido Europeo de Derechos Humanos de 1950: *"No hay pena sin ley: 1.) Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida; 2.) El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas"*.



En países del *common law*, el principio de legalidad del CEDH y en la jurisprudencia del TEDH dista del contenido garantista de la democracia que en países como España tiene atribuido. Así, aquéllos han optado por consagrar un "principio de juricidad" que garantice los aspectos materiales del principio de legalidad: la seguridad jurídica a través de la exigencia de la accesibilidad, irretroactividad y precisión de la norma, y la prohibición de la analogía.

5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

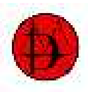
El art. 9.3 CE: *"La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"*. También el art. 25.1 CE: *"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"*.

El principio de legalidad penal:

- En sentido **formal**, se compone de las siguientes garantías:
  - **Garantía criminal** (*nullum crimen sine previa lege)*: No puede considerarse delito una conducta que no haya sido declarada como tal en una ley antes de su realización. También aplicable a los estados peligrosos y la imposición de medidas de seguridad. Art. 1 CP: *"1.) No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración; 2.) Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley"*.
  - **Garantía penal** (*nulla poena sine lege previa)*: No puede castigarse una infracción penal sino con una pena que haya sido establecida en la ley con carácter previo a su comisión. Art. 2.1 CP: *"No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad".*
  - **Garantía jurisdiccional**: Art. 3.1 CP: *"No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales".*
  - **Garantía ejecutiva**: Art. 3.2 CP: *"Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes"*.
- En sentido material, comprende las siguientes garantías tendentes a garantizar la seguridad jurídica:
  - **Principio de taxatividad o tipicidad**: Las figuras delictivas y los estados peligrosos tiene que ser en su definición lo más precisos posibles y las penas y medidas de seguridad no pueden ser descritas mediante marcos excesivamente amplios.
  - **Prohibición de la analogía**.
  - **Irretroactividad de la ley penal desfavorable**.

6. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Problemas para el cumplimiento pleno del principio de legalidad en su vertiente formal:



- Leyes penales en blanco: Aquellos preceptos penales en los que no se define de manera completa la conducta prohibida bajo amenaza de pena, sino que, por el contrario, el precepto remite para identificar la conducta a otra norma que puede estar en otro precepto del CP, en otra norma con rango de ley distinta al CP, o a normativa con rango inferior a la ley (que es donde surgen los problemas).
  Dichas remisiones son imprescindibles dado el carácter cambiante de la materia objeto de regulación, o porque una regulación detallada en el CP sería excesivamente casuística y farragosa.
  Por ello, el TC ha establecido que para que una ley penal en blanco que remite a una fuente distinta de la ley sea considerada conforme al principio constitucional de legalidad, tiene que cumplir los siguientes requisitos:
    - El reenvió a la normativa extrapenal tiene que ser expreso.
    - La utilización de esta técnica tiene que estar justificada en razón del bien jurídico protegido.
    - Tienen que quedar suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta en la ley penal, es decir, esta debe contener al menos el núcleo esencial de la prohibición, el verbo típico.
    - Con el complemento de la norma a la que se remite deben quedar satisfechas las exigencias de certeza.

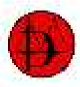
Problemas para el cumplimiento pleno del principio de legalidad en su vertiente material:

- El legislador debe elaborar las figuras delictivas a través de un proceso de abstracción, encontrando fórmulas que engloben la rica casuística, mediante la introducción de términos amplios y elementos normativos o valorativos, que deberá el juez concretar y dotar de contenido. Todo ello en detrimento del **principio de taxatividad**, ergo, de la seguridad jurídica.
  Por ejemplo en la definición de los estados peligrosos y el establecimiento de las medidas de seguridad, dado que la aplicación de las mismas requiere que se constate en el sujeto una peligrosidad, a través de un juicio valorativo sobre la probabilidad de que el sujeto vuelva a delinquir, lo que encierra siempre un cierto margen de error posible.

7. APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL: INTERPRETACIÓN Y ANALOGÍA

La prohibición de la analogía es un subprincipio del principio de legalidad en su vertiente material. Consiste en aplicar una norma a un supuesto que no está recogido ni en la ley, ni en el espíritu de la misma, pero que es semejante a los sí comprendidos en ella.

- La analogía desfavorable, *in malam partem*, contraria al reo, está prohibida por contravenir el principio de legalidad. No es lícita la aplicación de figuras delictivas, estados peligrosos, penas o medidas de seguridad por analogía.
- La analogía favorable, *in bonam partem*, no sería contraria al principio de legalidad. No obstante, nuestro CP no admite cualquier tipo de analogía favorable al reo, sino solamente admite expresamente las atenuantes por analogía en el art. 21.7 CP: *"Son circunstancias atenuantes: 7.) Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores"*. Pero por el contrario, el art. 4 CP prohíbe la aplicación de eximentes por analogía; art. 4 CP: *"1.) Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas; 2.) En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se*



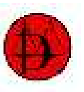
abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal; 3.) Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo; 4.) Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria".

Así, si un juez estimara que concurren en el caso circunstancias que son similares a las previstas en la eximentes que el Código recoge expresamente y que, por lo tanto, las mismas razones que llevaron al legislador a considerar para aquellos supuestos una eximente le asistirán en el caso que analiza para aplicar una eximente por analogía, no podría, sin embargo, aplicar dicha figura, sino que tendría que limitarse a pedir el indulto y la modificación de la ley.

Regulación que resulta problemática, pues la aplicación de eximentes por analogía no infringiría el principio de legalidad por ser favorable al reo, pero además, en ocasiones el CP presenta lagunas que harían necesaria la apreciación de eximentes por analogía.

La interpretación extensiva es aquella por la cual una norma se aplica a un hecho que, aunque no está claramente comprendido en su tenor literal, sí lo está en su espíritu o voluntad.

- No es contraria al principio de legalidad, debiendo ser admitida.
- Debe buscar el sentido y la voluntad de la ley cuando esta se ha expresado de manera imperfecta en su tenor literal, siempre que no sobrepase el límite de los posibles significados del mismo.



LECCIÓN 3

LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

1. EFICACIA TEMPORAL DE LAS LEYES PENALES. CONSIDERACIONES GENERALES: PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE LA LEY PENAL

Le Ley penal despliega eficacia desde su entrada en vigor hasta su derogación. Su “ciclo vital” puede resumirse en aprobación por el Parlamento, promulgación por el Jefe del Estado, publicación en el BOE, periodo de *vacatio legis*, y finalmente su derogación o eventual declaración de inconstitucionalidad por el TC.

Cabe recalcar que una declaración de inconstitucionalidad de una ley no elimina retroactivamente los efectos que la misma surtió mientras se la consideraba vigente, salvo que beneficie a aquel a quien se aplicó aquella ley porque al eliminarla resulte exento de responsabilidad o la misma se vea disminuida.

Es regla general que la ley penal sea irretroactiva, aunque excepcionalmente pueda tener en ocasiones cierto efecto retroactivo. En todo caso, es necesario determinar el momento de comisión del delito de entre las opciones posibles:

- Criterio de la acción. Se considera cometido en el momento en que se realiza la acción u omisión típica.
- Criterio del resultado. Se considera cometido en el momento de la consumación.

Nuestro CP opta por el criterio de la acción, art. 7 CP: *“A los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar”*.

2. RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES. LAS LEYES PENALES INTERMEDIAS Y TEMPORALES

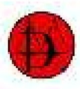
2.1. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL DESFAVORABLE

2.1.1. Fundamento y regulación

El principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable es una de las garantías del principio de legalidad en su vertiente material, encaminado a garantizar la seguridad jurídica.

Se encuentra regulado:

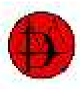
- Art. 25 CE: *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*.
- Art. 1 CP: *“1.) No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración; 2.) Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley”*.
- Art. 2.1. CP: *“No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”*.



2.1.2. Casos problemáticos

La irretroactividad de las leyes penales desfavorables puede plantear problemas en algunos supuestos:

- La regla es aplicable a la legislación extrapenal que completa a las leyes penales en blanco cuando la primera sirva para completar a la segunda, quedando aquélla incorporada a la propia ley penal, siéndole aplicables las reglas de irretroactividad de la ley penal desfavorable y la retroactividad de la ley penal favorable.
- Para las medidas de seguridad y estados peligrosos se aplican las mismas reglas de irretroactividad de la ley penal desfavorable y de retroactividad de la ley penal favorable que a las penas, pues aun teniendo aquéllos un fin curativo, suponen una limitación de derechos y libertades del sujeto al que se imponen. Art. 2 CP: *"1.) No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad; 2.) No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario"*.
- Cuando los plazos de prescripción se ven modificados, generalmente ampliados, por una nueva ley cuya entrada en vigor se produce en un momento posterior a la comisión del delito y antes de que la prescripción del mismo se hubiese alcanzado. La solución pasa por dos opciones distintas:
    - Consideración procesal: Considerándose la norma que modifica los plazos de prescripción como procesal, el efecto inmediato que resulta es que la aplicación de la norma vigente no es una aplicación retroactiva.
    - Consideración penal: Considera que la prescripción tiene naturaleza penal, por lo que la aplicación de un plazo de prescripción mayor vigente en el momento del juicio a un hecho cometido balo la vigencia de una norma anterior, que establecía un plazo inferior, se considera como aplicación retroactiva de ley penal desfavorable, lo que está prohibido. Esta es la doctrina mayoritaria en España: SSTS de 20/02/2007 y 10/06/2013; STC 13/03/2006.
- Se considera que las leyes sobre la ejecución de las penas perjudiciales para el reo son irretroactivas. No obstante, en la legislación española se ha dado algún caso de aplicación retroactiva de reglas perjudiciales sobre el cumplimiento de la pena: *la LO 7/2003 de 30 de junio, que endureció las condiciones y requisitos para acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional.*
- En casos de delitos compuestos o complejos y continuados, y delitos permanentes.
    - Delitos compuestos o complejos y continuados: cuando una de las conductas que conforman el delito se cometió estando vigente la ley antigua, y la otra u otras conductas que lo componen se producen estando en vigor la nueva ley; la doctrina y la jurisprudencia establece que solo si bastan por sí mismos los hechos cometidos tras la entrada en vigor de la nueva ley menos favorable para formar el delito continuado o el delito complejo es posible aplicarla, y en cambio, sería obligatorio aplicar la ley anterior más favorable si los hechos cometidos bajo su vigencia son imprescindibles para formar el delito continuado o el delito complejo (STS 21/10/2011).
    - Delitos permanentes: cuando la conducta delictiva se realizó y el delito se consumó vigente una ley anterior, sin que tras ello el autor realizara ningún acto más, pero ha pervivido la situación antijurídica creada, una vez vigente la nueva ley. Nuestro TS considera que el mantenimiento de la situación antijurídica, por no haberla eliminado el sujeto, durante la



vigencia de la nueva ley hace posible la aplicación de ésta aun cuando fuera desfavorable para el reo.

- Las reglas que regulan la responsabilidad civil derivada del delito no están sometidas a la regla de la irretroactividad de la ley penal desfavorable, pues por ser Derecho civil, para ellas rige lo dispuesto en el CC.
- La jurisprudencia tampoco está comprendida dentro del principio de legalidad, ergo, el acusado no puede exigir que se le aplique una interpretación jurisprudencia más beneficiosa cuando la jurisprudencia ha cambiado después de cometer él su delito, alegando que la aplicación de la nueva es retroactividad prohibida. Nuestro TS afirma que la prohibición de retroactividad se refiere a la ley penal desfavorable y no a la jurisprudencia.
    - Interpretación que choca con la del TEDH, acarreando condenas a España.

2.2. EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

Una ley puede excepcionalmente aplicarse a un hecho cometido antes de su entrada en vigor cuando esa ley es más favorable para el sujeto al que se aplica que la que le correspondería por estar vigente en el momento de comisión del delito.

2.2.1. Fundamento

Puede fundamentarse en razones de justicia y coherencia del ordenamiento jurídico; en la falta de necesidad, utilidad o interés en seguir aplicando aquella ley ya derogada; o, más importante, en que la vulneración de la seguridad jurídica no concurre ya cuando la ley aplicada retroactivamente es favorable al reo.

Nuestra CE solo prohíbe la retroactividad de la ley penal desfavorable, y además, nuestro CP prevé la retroactividad de la ley penal favorable.

2.2.2. Ámbito de aplicación

Tanto cuando la ley cambia después de haberse cometido el hecho y antes de haberse dictado sentencia; como ya habiendo recaído sentencia firme y el sujeto ya estuviese cumpliendo condena, procediendo a la revisión de condena. (Mismo efecto que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto penal que tuviera un efecto e exclusión de responsabilidad o una disminución de la misma, o una reducción por otros motivos de la pena).

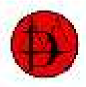
Además, si una sentencia ya se hubiere cumplido, el efecto retroactivo en los casos en los que se despenalizara una conducta, los antecedentes por el delito despenalizado no se tendrán en cuenta para la apreciación de la agravante de reincidencia.

2.2.3. Problemas de determinación de la ley más favorable

No se puede tomar los preceptos del CP derogado y los del nuevo que más nos convengan.

En los casos que aconteciese duda sobre la determinación de la ley más favorable, el reo será oído, aunque su opinión no es vinculante para el juez, quien decide en última instancia.

2.2.4. Supuestos especiales: las leyes penales intermedias y las leyes temporales



Ley intermedia es aquella que no estaba vigente en el momento de comisión de los hechos, lo estuvo después, y dejó de tener vigencia antes de la celebración del juicio. No debería aplicarse en ningún caso, sin embargo, el TS en algunas sentencias ha considerado aplicable la ley intermedia si era más beneficiosa para el reo que las vigentes en el momento de comisión del hecho y de celebración del juicio, argumentando que si la justicia funcionase con mayor celeridad, el sujeto se habría podido beneficiar de esa ley intermedia, al haber sido juzgado cuando aún estaba vigente (SSTS 08/02/2002, 04/11/2008 y 16/10/2009).

Ley temporal es aquella que tiene vigencia limitada a una determinada situación o a la concurrencia de ciertas circunstancias.

- Pueden crear delitos o elevar penas para hacer frente a los graves problemas que concurren en esas especiales situaciones.
- Cesando las especiales circunstancias, las mismas son derogadas.
- Serán aplicables siempre a los hechos cometidos bajo su vigencia, no pudiendo beneficiarse el sujeto de la retroactividad de una ley posterior más favorable, salvo que se disponga expresamente lo contrario.



LECCIÓN 4

LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO, COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. LA LEY PENAL EN EL ESPACIO. CUESTIONES GENERALES Y PRINCIPIOS DE APLICACIÓN

La eficacia de la ley penal limitada por el espacio está ligada a la existencia de jurisdicción. Materia regulada:

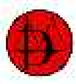
- Art. 8 CC: *"Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español"*. Consagra el principio de territorialidad.
- Art. 23 LOPJ:

"1.) En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

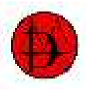
2.) También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminales responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: A) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado Internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes. B) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los Tribunales españoles. C) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado, o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3.) Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes casos: A) De traición y contra la paz o la independencia del Estado; B) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; C) Rebelión y sedición; D) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; E) Falsificación de moneda española y su expedición; F) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; G) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; H) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; I) Los relativos al control de cambios.

4.) Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: A) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas; B) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando: 1º El procedimiento se dirija contra un español; o, 2º La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español; C) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando: 1º El procedimiento se dirija contra un español; o, 2º La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español; D) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos,



contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte; E) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos: 1º el procedimiento se dirija contra un español; 2º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo; 3º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; 4º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; 5º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; 6º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; 7º el delito haya sido cometido contra las instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados. A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles; F) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en la Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que: 1º el delito haya sido cometido por un ciudadano español, o; 2º el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español; G) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo; H) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español; I) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1º el procedimiento se dirija contra un español, o; 2º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español; J) Delitos de constitución, financiación o integración en un grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión; K) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que: 1º el procedimiento se dirija contra un español; 2º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España, o; 4º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España; L) Delitos regulados en el Convenido del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que: 1º el procedimiento se dirija contra un español; 2º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o, 3º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España; M) Trata de seres humanos, siempre que: 1º el procedimiento se dirija contra un español; 2º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España, o; 4º el delito se hubiera cometido contra una víctima, que en el momento de comisión de los hechos tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España; N) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que: 1º el procedimiento se dirija contra un español; 2º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España, o; 4º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de



entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; O) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando: 1º el procedimiento se dirija contra un español; 2º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; 3º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; 4º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos, o; 5º el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos; P) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.

5.) Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos: A) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte; B) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que: 1º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español, o; 2º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

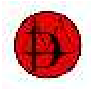
Lo dispuesto en este apartado B) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2º del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal. A fin de determinar si hay o no disposición de actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trata de su responsabilidad penal; b) que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

6.) Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en Espala previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal". Consagra los principios complementarios de: personalidad activa, de protección de intereses, de jurisdicción universal, de personalidad pasiva, y de justicia supletoria.

1.1. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

1.1.1. Contenido y fundamento



Las leyes penales españolas se aplican a los delitos cometidos en territorio español, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima.

Se fundamenta en la soberanía estatal que se extiende por todo el territorio nacional, por la que el Estado ejerce sobre el mismo todas sus potestades, entre ellas, el *ius puniendi*. La aplicación territorial de la ley penal se basa:

- En la relación con sus fines: si el Derecho penal tiene la función de garantizar el orden social a través de la prevención de delitos, su aplicación no puede distinguir según la nacionalidad del autor.
- Procesalmente, se considera que donde se cometió el delito es donde mejor se puede realizar la investigación y recoger las pruebas y juzgar al delincuente.

El principio de territorialidad se consagra en el art. 23.1 LOPJ (ya citado).

1.1.2. El concepto jurídico de territorio

El territorio a efectos de la aplicación de la ley penal comprende:

- La superficie terrestre comprendida en el interior de las fronteras del Estado. Incluyendo las embajadas y consulados extranjeros en nuestro país.
- Las aguas interiores.
- El mar territorial en las 12 millas náuticas adyacentes a las costas españolas.
- El espacio aéreo: a las aeronaves extranjeras se les aplica la ley española cuando entran en el espacio aéreo español.
- Los buques y aeronaves españolas (con pabellón español):
  - No hay problema alguno si se encuentra en espacio aéreo libre o aguas internacionales.
  - Cuando se encuentre en territorio de otro Estado, puede suceder que España cesa su jurisdicción en favor de ese país. Excepto los buques y aeronaves militares y oficiales, que siempre se consideran territorio español.
- Las naves y artefactos espaciales con pabellón español.
- No están sometidos a la soberanía de ningún Estado: el espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes.

1.1.3. Lugar de comisión del delito

Resultan problemáticos los casos de delitos a distancia: en los que la acción delictiva se realiza en un determinado territorio pero el resultado del delito se produce en otro distinto. La doctrina prevé tres teorías:

- **Teoría de la actividad**. El delito se entiende cometido en el lugar donde el sujeto realiza la acción u omisión delictiva.
- **Teoría del resultado**. El delito se entiende cometido en el lugar donde se produce el resultado delictivo.
- **Teoría de la ubicuidad**. El delito se entiende cometido tanto donde se realiza la acción u omisión como donde se produce el resultado. Así se evita posibles lagunas de punibilidad. Teoría que siguen los tribunales españoles.

1.2. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD ACTIVA



1.2.1. Contenido y fundamento

Principio complementario al de territorialidad, por el que la ley penal española se puede aplicar a los delitos cometidos por los ciudadanos españoles en el extranjero.

1.2.2. Requisitos legales para su aplicación

Se encuentra regulado en el art. 23.2 LOPJ (ya citado), en el que se establecen los siguientes requisitos:

- Que los hechos estén previstos en las leyes penales españolas como delito.
- Que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubiesen adquirido la nacionalidad española posteriormente a la comisión del hecho.
- Que se dé el principio de doble incriminación: salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario.
- Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los tribunales españoles.
- Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena (*ne bis in idem).* Si la hubiese cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

1.3. EL PRINCIPIO REAL O DE PROTECCIÓN DE INTERESES

1.3.1. Contenido y fundamento

Principio complementario al de territorialidad por el que la ley española se extiende a determinados delitos aunque se cometan en el extranjero y con independencia de la nacionalidad del autor.

Se fundamenta en la naturaleza de los delitos a los que se extiende, por afectar a ciertos bienes jurídicos protegidos que constituyen intereses del Estado, y que pueden no verse tan bien protegidos por la legislación extranjera.

1.3.2. Regulación española

El principio de protección de intereses se encuentra regulado en el art. 23.3 LOPJ (ya citado).

1.3.3. Listado de delitos a los que se extiende

- De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- Rebelión y sedición.
- Falsificación de la Firma o Estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- Falsificación de moneda española y su expedición.
- Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- Los relativos al control de cambios.



1.3.4. Requisitos legales

- Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o que no haya cumplido la condena. Si la hubiese cumplido en parte se le tendrá en cuenta para rebajársela proporcionalmente.
- Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los tribunales españoles.

1.4. PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

1.4.1. Contenido y fundamento

Principio complementario al de territorialidad por el que se permite a los tribunales nacionales enjuiciar determinados delitos en aplicación de la ley penal interna, aunque se hayan cometido en el extranjero y con independencia de la nacionalidad del autor.

Se fundamenta en el interés de todos los Estados en la persecución de ciertos delitos que por su naturaleza afectan a toda la Comunidad internacional.

1.4.2. Regulación española

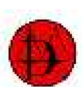
Actualmente, se encuentra regulado en el art. 23.4 LOPJ (ya citado). Regulación, que respecto de la anterior, ha supuesto una desnaturalización de este principio, por la que se extiende la jurisdicción española a determinados supuestos en los que se combinan elementos del principio de justicia universal (de la regulación anterior) con requisitos más propios del principio de personalidad pasiva, del de protección de intereses o del de Justicia supletoria. Dejando, así, de ser un principio absoluto, para pasar a otro condicionado a que se den determinados requisitos.

Cabe reseñar que, el Pleno del TC, por providencia de 22 de julio de 2015, ha admitido a trámite un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal.

1.4.3. Delitos a los que se extiende

Aquellos hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.
- Delitos de tortura y contra la integridad moral de los arts. 174 a 177 del CP.
- Delitos de desaparición forzada.
- Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos.
- Terrorismo.
- Delito de apoderamiento ilícito de aeronaves.
- Delitos contra la seguridad de la aviación civil.
- Delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares cometidos por ciudadanos españoles.



- Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- Delitos de constitución, financiación o integración en un grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España.
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad.
- Delito de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.
- Trata de seres humanos.
- Delito de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales.
- Delitos de falsificación de productos médicos y delitos que supongan amenaza para la salud pública.
- Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Además, los tribunales españoles tendrán competencia sobre los delitos citados antes, cuando el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España. También se incluye la cláusula *aut dedere aut punire*, por la que se establece un principio de justicia universal supletorio, al atribuir a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por estos delitos contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

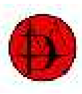
Con la actual redacción, y la jurisprudencia del TS, se afirma que ni el Derecho Internacional Convencional ni el Consuetudinario imponen un modelo de Jurisdicción Universal absoluto, como el acogido en la primera versión del art. 23.4 LOPJ, y que el apartado p) del mismo, no es aplicable a los delitos a que se refiere el apartado a) de dicho artículo, a lo que añade que la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema obligatorio de Jurisdicción Universal, en el sentido de imponer a cualquier país firmante la carga de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y de su nacionalidad. Pero esta Jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de iniciar investigaciones *in absentia*, es decir, de buscar a los responsables fuera de su territorio y de reclamarlos allí donde estén (STS 296/2015, 6 de Mayo y STS 2554/2015, de 8 de mayo de 2015).

Igualmente, fuera de la LOPJ, en el CP, se encuentran preceptos que establecen la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud del principio de Justicia universal, como por ejemplo: *el art. 301.4 CP del blanqueo de capitales.*

1.4.4. Requisitos legales

También recogidos en el art. 23.4 LOPJ, son los siguientes:

- Que el procedimiento se dirija contra un español o un extranjero que resida habitualmente en España, o que la víctima tuviera nacionalidad española o residencia habitual en Espala en el momento de la comisión de los hechos.
- Interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal. Se elimina la acción popular.
- Que no se haya iniciado un procedimiento para la investigación y enjuiciamiento de los hechos en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.
- Que no se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a quien se



impute su comisión, salvo que la extradición a dicho país no fuera autorizada. Este requisito no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, lo que será valorado por la Sala 2ª del TS teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, y la existencia, el estado y el normal funcionamiento de la Administración de Justicia del país.

- Atender a lo dispuesto en el art. 7 de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional, por el que, en caso de cometerse fuera de territorio español uno de los delitos de competencia de la CPI, siendo éstos los de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión; y no ser el presunto responsable nacional español, España cedería la competencia a la CPI renunciando por tanto a ejercer sobre tal delito la jurisdicción universal.

1.5. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD PASIVA (O DE PROTECCIÓN DE LOS NACIONALES)

1.5.1. Contenido y fundamento

Principio complementario al de territorialidad por el que la ley penal se aplica cuando la víctima del delito es un nacional, aunque el delito se haya cometido en el extranjero y el presunto autor sea extranjero.

1.5.2. Regulación española

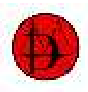
Ya introducido por la LO 1/2014, de 13 de marzo, se regula en el art. 23.4 LOPJ para determinados delitos.

1.5.3. Delitos a los que se extiende

- Delitos de tortura y contra la integridad moral de los arts. 174 a 177 del CP.
- Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006.
- Terrorismo.
- Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores.
- Delitos de falsificación de productos médicos y contra la salud pública.

1.5.4. Requisitos legales

- Que la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos. Bastando con la residencia habitual, excepcionalmente, en los siguientes casos:
  - Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores.
  - Delitos de violencia contra las mujeres y violencia doméstica.
- Que la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español. Exceptuándose:
  - Terrorismo.
  - Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores.
  - Delitos de falsificación de productos y contra la salud pública.
- Interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal. No cabe la acción popular.



- Que no se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento de los hechos en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.
- Que no se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a quien se impute su comisión, salvo que la extradición a dicho país no fuera autorizada. Este requisito no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, lo que será valorado por la Sala 2ª del TS teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, y la existencia, el estado y normal funcionamiento de la Administración de Justicia del país.

1.6. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA

Principio complementario al de territorialidad por el que se extiende la propia ley penal y jurisdicción a casos en los que no es aplicable ninguno de los principios anteriores, y en los que no existe ningún punto de conexión con el delito; todo ello, con el fin de evitar la impunidad, lo que puede ocurrir:

- Porque el delito se haya cometido en un territorio no sometido a soberanía de Estado alguno.
- Porque teniendo el Estado en su poder al delincuente, no es posible la extradición del mismo al país competente para juzgarlo.

No se encuentra dispuesto de forma específica en la legislación española, aunque puede resultar aplicable en virtud de lo dispuesto en algunos tratados.

1.7. LA CLÁUSULA *AUT DEDERE AUT IUDICARE*

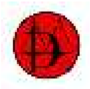
No se trata de un principio de aplicación de la ley en el espacio o de determinación de la jurisdicción, sino de una cláusula de cooperación internacional, por la que se obliga a un Estado a una de las siguientes opciones:

- A extraditar siempre al sujeto acusado de ciertos delitos.
- Si no lo extradita, a juzgarlo por el delito cometido.

El fin de esta cláusula es evitar la impunidad cuando por algún motivo se niega la extradición de un delincuente.

Regulada en nuestra legislación, expresamente en el art. 23.4 LOPJ, otorgando la jurisdicción a los tribunales españoles sobre los delitos mencionados en dicho apartado, cometidos fuera del territorio nacional, por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un tratado vigente para España. Sin embargo, la cláusula es más restrictiva que los propios tratados a los que remite, dado que en ocasiones estos no exigen que se haya denegado la extradición para que suja la obligación de juzgar, bastando por ejemplo con que el otro Estado ni siquiera la haya solicitado.

2. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERESTATAL



Además de la aplicación del principio de territorialidad y sus complementarios, los Estados han desarrollado mecanismos de cooperación internacional para facilitar el enjuiciamiento de delitos:

- La extradición.
- El asilo.
- La euro-orden.

2.1. LA EXTRADICIÓN

La extradición consiste en la entrega de un sujeto por parte del Estado en cuyo territorio se ha refugiado a aquel que lo reclama para juzgarle o para ejecutar la pena o la medida de seguridad impuesta. Suele venir regulada en tratados internacionales y en las leyes internas.

- Estado requirente: el que solicita la entrega del delincuente.
    - Extradición activa: solicitud que el requirente hace al requerido.
- Estado requerido: aquél que lo tiene y se pretende que lo entregue.
    - Extradición pasiva: entrega del delincuente que hace el requerido al requirente.

Según los órganos que intervengan en la extradición, ésta se denomina:

- Extradición gubernativa: solo interviene el gobierno.
- Extradición judicial: solo interviene los tribunales.
- Extradición mixta: intervienen tribunales y gobierno. Es el procedimiento previsto en la legislación española.

En España, para las extradiciones realizadas fuera del ámbito de la Unión Europea, se regula en distintos convenios de extradición, y en su defecto, se aplica la Ley de Extradición pasiva de 1985; aplicándose para la extradición activa lo dispuesto en la LECrim.

2.1.1. La extradición activa en la LECrim

Se puede solicitar la extradición de una persona que deba ser juzgada en España y se encuentre en el extranjero contra la que se haya dictado auto motivado de prisión o recaído sentencia firme.

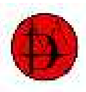
Solo podrá solicitarse la extradición:

- De los españoles que habiendo delinquido en España se hayan refugiado en país extranjero.
- De los españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto de aquel en que delinquieron.
- De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo (reconocimiento implícito del principio de no entrega de los nacionales).

2.1.2. La extradición pasiva en la Ley de 1985

El procedimiento de extradición pasiva previsto en dicha ley es mixto, e incorpora diversos principios:

- Principio de legalidad: las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la Ley y los tratados en los que España sea parte.



- Principio de reciprocidad: la extradición solo se concederá atendiendo al principio de reciprocidad. El Gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente.
- Principio de doble incriminación. Solo cuando los hecho sean delictivos tanto en el Estado requirente como en España.
- Principio de no entrega de los nacionales, ni de los extranjeros que deban ser juzgados en España.
- Principio de no extradición por delitos de escasa gravedad, por los que se exige una pena mínima.

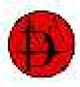
Existen diversas circunstancias, que de concurrir, conllevaría la denegación de la extradición, que puede ser:

- **Denegación obligatoria**: Son motivos de denegación, previstos por la ley, los siguientes:
  - Cuando sean delitos de carácter político.
  - Cuando sean delitos militares tipificados por la Legislación Española y de delitos cometidos a través de los medios de comunicación social en el ejercicio de la libertad de expresión, y de los que solo son perseguibles a instancia de parte, con excepción de delitos sexuales.
  - Cuando la persona reclamada fuera a ser juzgada en el Estado requirente por un tribunal de excepción.
  - Cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal conforme a la legislación española o la del Estado requirente.
  - Cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos.
  - Cuando el Estado requirente no diera garantía de que la persona reclamada no será ejecutada o no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.
  - Cuando el Estado requirente no hubiera dado garantías de celebrar un nuevo juicio en caso de condena en rebeldía.
  - Cuando a la persona reclamada le hubiere sido reconocida la condición de asilado.
- Denegación facultativa: Siendo los motivos los siguientes:
  - Tener razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad, u opiniones políticas.
  - Cuando la persona reclamada sea menor de dieciocho años en el momento de la demanda de extradición y, teniendo residencia habitual en España, se considere que la extradición puede impedir su reinserción social.

2.2. EL ASILO

El asilo es la protección que se otorga por un Estado a una persona que se refugia jurídicamente en su territorio, consistente en su no devolución, expulsión o extradición. Se reconoce como Derecho humano en el art. 14 de la Declaración Universal para las personas perseguidas en otro Estado que no sean acusadas de delitos comunes o contrarios a los fines de Naciones Unidas.

Su concesión no requiere que el solicitante haya alcanzado territorio español. Y se otorga a quienes se les reconoce la condición de refugiado. Condición que se regula a nivel internacional en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, y el Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de



los Refugiados, de 31 de enero de 1967; en el ámbito europeo en diversas directivas; y a nivel nacional por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora de asilo y de la protección subsidiaria.

El solicitante debe argumentar fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo u opiniones políticas en el país de su nacionalidad, o en caso de ser apátrida, que argumente fundados temores de ser perseguido por dichos motivos en el lugar donde tuviera su residencia habitual.

El derecho a la protección subsidiaria (regulado en la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004), distinta del asilo, es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que no reúnen los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales, o al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir:

- Condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material.
- Tortura o tratos inhumanos o degradantes.
- Amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

Tanto el asilo como la protección subsidiaria, se extienden a los padres, al cónyuge o persona ligada por relación análoga, e hijos, salvo los supuestos de independencia familiar, mayoría de edad, separación o divorcio y distinta nacionalidad.

Son motivos de denegación de ambas instituciones:

- Ser condenado por un delito especialmente grave o de quien se sospeche fundadamente que ha cometido determinados delitos contra la paz, crimen de guerra, delito contra la humanidad, grave delito común, o actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas).
- Ser considerado como un peligro para la seguridad del país.

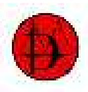
2.3. LA COOPERACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

La orden europea de detención y entrega (euro-orden), es un mecanismo de auxilio jurídico internacional en materia penal, que se encuentra regulada en la Decisión Marco de 13/06/2002 sobre orden europea de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros; y en la LO 2/2003 y Ley 3/2003, ambas del 14 de marzo.

La euro-orden consiste en una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la UE con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privada de libertad. Caracterizándose principalmente por el reconocimiento muto, casi automático, de las decisiones judiciales de otro país de la UE.

Puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que solicite la entrega de una persona a otro Estado miembro de la UE; y de igual manera, la autoridad judicial competente en España deberá proceder a la entrega cuando sea requerida por la autoridad judicial de otro Estado miembro.

Los motivos de denegación están tasados, siendo principalmente:



- Que no haya sospechas de un móvil discriminatorio en su persecución, o esté amenazado por pena de muerte o torturas, etc.
- La concurrencia de los principios de:
  - Exigencia de gravedad mínima.
  - Doble incriminación. El cual resulta facultativo para ciertos delitos, por considerarse igualmente graves debiendo estar tipificados por todos los estados. Para la exención del principio de doble incriminación, es requisito que la pena o medida de seguridad privativa de libertad sea el menos de tres años.
- La amnistía e indulto concedidos por el Estado de ejecución cuando este tuviera competencia para perseguir ese delito según su propio Derecho penal.
- La existencia de una condena por los mismos hechos (*ne bis in idem)*.
- La minoría de edad.
- La prescripción, de forma facultativa.
- La competencia del Estado de ejecución por el principio de territorialidad y el no reconocimiento de la perseguibilidad extraterritorial del delito en el Estado de ejecución.

El Estado de ejecución puede someter la entrega a determinadas garantías, de las que España solo ha incorporado la revisión de la condena o aplicación de medidas de clemencia en caso de pena o medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad y la devolución a España para la ejecución de la pena de los nacionales españoles entregados para ser juzgados en el otro país. No se exige la aportación de pruebas razonables de la culpabilidad del sujeto, pues se parte de la mutua confianza en los sistemas judiciales; no debiendo ni pudiendo el Estado de ejecución entrar en el estudio del fondo del asunto.

3. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

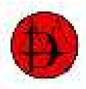
El Derecho penal internacional es la legislación emanada de la comunidad internacional a la que están sometidos directamente los ciudadanos de todas las naciones. Dichas normas, que tutelan intereses fundamentales de la comunidad internacional, son aplicadas por tribunales internacionales.

Hay que distinguir entre:

- **Justicia universal**: Principio de aplicación de la ley penal en el espacio.
- **Justicia internacional**: Jurisdicción que sobre un tipo de delitos ejercen los tribunales internacionales aplicando el Derecho penal internacional.

Los principios fundamentales del Derecho Internacional son los siete principios de Nuremberg, aprobados por Naciones Unidas en 1950:

- La consagración de la responsabilidad penal individual por infracción del Derecho internacional.
- La independencia del Derecho penal internacional respecto del derecho nacional.
- La irrelevancia del cargo oficial o inexistencia en Derecho penal internacional de inmunidades e inviolabilidades.



- La negación a la obediencia debida del carácter de eximente a menos que el sujeto no tuviese la posibilidad de actuar de otra forma.
- La proclamación del derecho a un juicio justo.
- La definición de los crímenes internacionales: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.
- Se declaran punibles tanto la autoría como la participación en crímenes internacionales.

Posteriormente, se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), también llamado Estatuto de Roma, a través de un Tratado internacional al que los distintos Estados se adhieren libremente, que entró en vigor el 1 de julio de 2002.

El Estatuto de la CPI contiene una parte material y otra procesal:

- Parte material: es un auténtico Código Penal internacional, con su parte general y su parte especial.
- Parte procesal.

La competencia de la CPI no es universal, pues depende de que:

- El Estado en cuyo territorio se cometió el delito o del que es nacional el presunto responsable, sea parte del Estatuto.
- Si no es parte del mismo, que de su consentimiento para que la CPI conozca de la situación.
- Que sea el Consejo de Seguridad de la ONU quien remita esa situación a la CPI porque considera que representa una amenaza para la paz y seguridad internacionales. Teniendo, en tales casos, competencia para juzgar, aunque el Estado no sea parte del Estatuto, ni preste su consentimiento.

Dicha competencia es complementaria de la de los Estados, teniendo éstos preferencia en el enjuiciamiento, de manera que la CPI solo interviene cuando el Estado que tiene jurisdicción sobre el asunto no quiere o no puede enjuiciarlo, o bien celebra un proceso fraudulento, dirigido a garantizar la impunidad del acusado.



BLOQUE II

TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO (I)

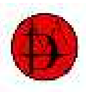
Temas 5 al 19

Lección 5. El concepto analítico del delito. Epígrafes:

- 1. Límites del concepto del delito: La clasificación formal de las infracciones penales en nuestro código.
- 2. Aproximación al concepto analítico del delito: El sentido de la teoría jurídica del delito.
- 3. La evolución histórica del concepto analítico del delito y de sus caracteres constitutivos.
    - 3.1. Concurrencia de una acción o una omisión: la base de la estructura del delito.
    - 3.2. La acción u omisión ha de ser típica: los elementos que fundamentan lo injusto específico de la figura delictiva.
    - 3.3. La acción u omisión típica ha de ser antijurídica: El juicio de contrariedad objetiva al ordenamiento jurídico.
    - 3.4. La acción u omisión antijurídica ha de ser culpable: el juicio de reproche.
    - 3.5. El elemento de cierre de la estructura del delito: la punibilidad.
- 4. Recapitulación: el concepto analítico del delito.

Lección 6. La teoría de la conducta. Epígrafes:

- 1. La acción y la omisión como primer elemento del delito. Las funciones de los conceptos de acción y de omisión.
    - 1.1. La acción y la omisión como base de la estructura del delito: función lógica.
    - 1.2. La acción y la omisión como enlace de la estructura del delito: función sistemática.
    - 1.3. La acción y la omisión como límite de la estructura del delito: función práctica.
- 2. Los conceptos de acción y de omisión en la moderna ciencia del Derecho Penal: Planteamiento y crítica de los diversos modelos.
    - 2.1. El concepto causal de acción: el cientificismo de Von Liszt y Beling.
        - 2.1.1. Planteamiento del modelo causal de acción.
        - 2.1.2. La crítica al modelo causal de acción.
    - 2.2. El concepto finalista de acción: Welzel y los aspectos subjetivos del comportamiento humano.
        - 2.2.1. Planteamiento del modelo finalista de acción.
        - 2.2.2. La crítica al modelo finalista de acción.
    - 2.3. Los conceptos social y significativo de la conducta: los intentos de superar los modelos ontológicos de comportamiento.
        - 2.3.1. El concepto social de acción.
        - 2.3.2. El concepto significativo de acción.
    - 2.4. La crisis y renuncia de la conducta como base de la estructura del delito.
- 3. Concepto y estructura de la acción y la omisión.
    - 3.1. Concepto de acción.
    - 3.2. Concepto de omisión.
- 4. Los límites de la conducta: Causas de exclusión de la acción y la omisión.



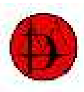
- 4.1. La exclusión de los sucesos que no tienen su origen en una persona física.
  - 4.1.1. Fenómenos de la naturaleza o provocados por animales.
  - 4.1.2. Actos de las personas jurídicas.
- 4.2. La exclusión de determinados fenómenos con origen en las personas físicas.
  - 4.2.1. El pensamiento.
  - 4.2.2. La fuerza irresistible.
  - 4.2.3. Otros movimientos corporales.
  - 4.2.4. Supuestos límite.
- 5. Los conceptos de acción y omisión y la determinación del tiempo y lugar de comisión del delito.
- 6. Los sujetos y las consecuencias de la conducta: sujeto activo y sujeto pasivo del delito, objeto y perjudicado.
  - 6.1. El sujeto activo del delito. Excurso sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
  - 6.2. El sujeto pasivo del delito: su distinción del objeto de la conducta delictiva y de los perjudicados por la misma.

Lección 7. La causalidad en la teoría de la conducta y en la teoría de la tipicidad. Epígrafes:

- 1. Concepto y límites de la causalidad.
  - 1.1. Concepto y naturaleza de la causalidad.
  - 1.2. Alcance del concepto de causalidad: causalidad en el marco físico natural y causalidad en el ámbito socio cultural.
- 2. Trascendencia de la causalidad: significados práctico y sistemático.
  - 2.1. El significado práctico de la causalidad: la crisis del dogma causal.
  - 2.2. La causalidad en el sistema del delito: causalidad como elemento de la conducta y como elemento del tipo.
- 3. Las teorías de la causalidad.
  - 3.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones y la fórmula de la *conditio sine qua nom*.
    - 3.1.1. El planteamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones.
    - 3.1.2. La aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones: la fórmula de la *conditio sine qua nom*.
  - 3.2. Los intentos (fallidos) por superar la teoría de la equivalencia de las condiciones: las teorías individualizadoras y las teorías de la causalidad adecuada.
    - 3.2.1. Las teorías individualizadoras.
    - 3.2.2. Las teorías de la causalidad adecuada.
- 4. Recapitulación: la causalidad jurídico-penalmente relevante y la teoría de la imputación objetiva (remisión).

Lección 8. La tipicidad como categoría del delito. Epígrafes:

- 1. La tipicidad.
- 2. La evolución de la categoría de la tipicidad y de su relación con la antijuricidad.
- 3. Concepto de tipo seguido en esta obra.
- 4. La exclusión del tipo.
  - 4.1. Los criterios de la adecuación social y el riesgo permitido.
  - 4.2. El criterio de la insignificancia.



    - 4.3. La interpretación teleológico-restrictiva del tipo.
- 5. La estructura y clasificación de los tipos.
- 6. Las diferencias entre el resultado típico, el resultado valorativo y las cualidades de la acción: los conceptos de resultado, lesión, peligro abstracto y peligro concreto.

Lección 9. El delito como conducta típica (I): el tipo objetivo del delito de acción doloso. Epígrafes:

- 1. Las distintas formas de construir el tipo del delito de acción en la ciencia del derecho penal.
- 2. Los elementos objetivos del tipo de acción doloso.
- 3. Los criterios de imputación objetiva.
    - 3.1. Imputación objetiva de la conducta: la peligrosidad de la conducta o previsibilidad objetiva de la realización del tipo.
    - 3.2. Imputación objetiva del resultado: la pertenencia al ámbito de protección de la norma.
    - 3.3. Otros criterios de imputación objetiva manejados por la doctrina de especial relevancia en el delito doloso.
        - 3.3.1. El criterio de la disminución del riesgo.
        - 3.3.2. El criterio de la no inobservancia del cuidado objetivamente debido o del riesgo permitido.
        - 3.3.3. El criterio de la causa sustitutoria.

Lección 10. El delito como conducta típica (II): el tipo subjetivo del delito de acción doloso. Epígrafes:

- 1. Introducción. La evolución del tipo y la aceptación de los elementos subjetivos de lo injusto.
- 2. Los elementos subjetivos de lo injusto diferentes al dolo.
- 3. El dolo.
    - 3.1. Concepto de dolo.
    - 3.2. Los argumentos para entender el dolo como elemento subjetivo de lo injusto.
    - 3.3. Los elementos del dolo.
        - 3.3.1. El elemento intelectual del dolo y su ausencia: el error de tipo.
        - 3.3.2. El elemento volitivo del dolo. Clases de dolo.
- 4. El concepto de injusto personal: desvalor de acción y desvalor de resultado.

Lección 11. El delito como conducta típica (III): el tipo del delito imprudente. Epígrafes:

- 1. La incriminación del delito imprudente en el Código Penal español.
- 2. Los elementos del tipo de lo injusto del delito de acción imprudente.
    - 2.1. La acción contraria al deber objetivo de cuidado.
        - 2.1.1. El cuidado debido: ¿medida objetiva o subjetiva?
        - 2.1.2. La determinación del cuidado objetivamente debido.
        - 2.1.3. La identificación de la conducta típica de entre aquellas que infringen el cuidado debido.
        - 2.1.4. ¿Existe un tipo subjetivo en el delito imprudente?
    - 2.2. El resultado típico, la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado.
        - 2.2.1. El criterio del fin de protección de la norma.
        - 2.2.2. El comportamiento alternativo conforme a Derecho.
        - 2.2.3. El criterio del incremento del riesgo.



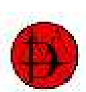
- 2.3. Clases de imprudencia.
- 3. El concepto de injusto personal: desvalor de acción y desvalor de resultado en el delito imprudente.

Lección 12. El delito como conducta típica (IV): los tipos de lo injusto de los delitos de omisión. Epígrafes:

- 1. Los tipos delictivos omisivos en el seno de la teoría jurídica del delito.
  - 1.1. La dogmática de los delitos de omisión en el seno de la teoría jurídica del delito.
  - 1.2. Conceptos preliminares (remisión): omisión, expectativa y tipo de lo injusto.
- 2. La clasificación de los tipos de lo injusto de los delitos de omisión.
- 3. Los delitos propios de omisión o de omisión pura.
  - 3.1. El tipo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosa.
    - 3.1.1. El tipo objetivo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosa.
    - 3.1.2. El tipo subjetivo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosa.
  - 3.2. El tipo de lo injusto de los delitos propios de omisión imprudentes: su inexistencia en el Código penal vigente.
- 4. Los delitos de omisión y resultado.
  - 4.1. Los delitos de omisión no causal y resultado.
    - 4.1.1. Los delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales.
    - 4.1.2. Los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.
  - 4.2. Los delitos de omisión causal y resultado.
- 5. Lo injusto personal de los delitos de omisión: desvalor de la omisión y desvalor del resultado:
  - 5.1. Lo injusto personal en los delitos de omisión dolosa.
  - 5.2. Lo injusto personal en los delitos de omisión imprudentes.

Lección 13. *Iter criminis*. Epígrafes:

- 1. Las fases de realización del delito.
  - 1.1. Los actos internos.
  - 1.2. Los actos externos.
- 2. Los actos preparatorios.
  - 2.1. La conspiración.
  - 2.2. La proposición.
  - 2.3. La provocación.
  - 2.4. La apología.
- 3. Los actos ejecutivos: la tentativa.
  - 3.1. Distinción entre actos preparatorios y ejecutivos.
  - 3.2. Tentativa acabada e inacabada.
  - 3.3. El desistimiento.
    - 3.3.1. Clases de desistimiento: desistimiento y arrepentimiento activo.
    - 3.3.2. Requisitos del desistimiento.
    - 3.3.3. Efectos del desistimiento.
    - 3.3.4. Naturaleza del desistimiento.
  - 3.4. Supuestos discutidos.



        - 3.4.1. La tentativa en los delitos sin desvalor de resultado y en los delitos de mera actividad.
        - 3.4.2. La tentativa en los delitos de omisión.
        - 3.4.3. Tentativa y delito imprudente.
    - 3.5. Tipo objetivo y tipo subjetivo.
    - 3.6. Tentativa irreal o supersticiosa, tentativa inidónea, y delito putativo.
        - 3.6.1. La tentativa irreal o supersticiosa.
        - 3.6.2. La tentativa inidónea.
        - 3.6.3. El delito putativo.
- 4. La consumación del delito.

Lección 14. Teoría de la codelincuencia (I): Autoría. Epígrafes:

- 1. Consideraciones generales sobre la codelincuencia.
- 2. El concepto de autor: especial consideración de los delitos dolosos de acción.
    - 2.1. Concepto restringido u objetivo-formal de autor.
    - 2.2. Concepto extensivo de autor.
    - 2.3. Concepto subjetivo de autor.
    - 2.4. Concepto finalista de autor.
    - 2.5. El concepto de Roxin.
    - 2.6. Otros planteamientos.
    - 2.7. Toma de postura.
        - 2.7.1. Autoría y delitos dolosos de acción.
        - 2.7.2. Autoría y delitos imprudentes.
        - 2.7.3. Autoría y delitos de omisión.
- 3. Clases de autoría.
    - 3.1. Autoría inmediata individual.
    - 3.2. Autoría mediata.
        - 3.2.1. Consideraciones generales.
        - 3.2.2. Autoría mediata y autor detrás del autor.
        - 3.2.3. Supuestos de autoría mediata y de autor detrás del autor.
        - 3.2.4. Delitos en los que no cabe autoría mediata.
    - 3.3. Coautoría.
        - 3.3.1. Consideraciones generales.
        - 3.3.2. Elementos.
        - 3.3.3. Coautoría y delitos imprudentes.
    - 3.4. El actuar en lugar de otro.
        - 3.4.1. Consideraciones generales.
        - 3.4.2. Fundamento.

Lección 15. Teoría de la codelincuencia (II): Participación. Epígrafes:

- 1. La participación.
    - 1.1. Consideraciones generales.
    - 1.2. Clases de participación.

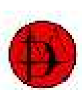


- 1.2.1. Según la forma o la clase de la aportación.
- 1.2.2. Según el momento en que se realiza la aportación.

- 2. Naturaleza de la participación.
- 3. Elementos de la participación.
  - 3.1. Elemento objetivo.
    - 3.1.1. Participación psíquica.
    - 3.1.2. Participación por omisión.
  - 3.2. Elemento subjetivo.
    - 3.2.1. El dolo del partícipe.
    - 3.2.2. El acuerdo de voluntades.
    - 3.2.3. La teoría del acuerdo previo.
- 4. La comunicabilidad de las circunstancias.
  - 4.1. Tipos agravados y atenuados.
  - 4.2. Delitos especiales.
- 5. Formas de participación.
  - 5.1. Inductores.
    - 5.1.1. Concepto y consideraciones generales.
    - 5.1.2. Requisitos de la inducción.
  - 5.2. Cooperadores necesarios y cómplices.
    - 5.2.1. Teorías de distinción.
    - 5.2.2. Toma de postura.
- 6. Participación y delitos imprudentes.
  - 6.1. Participación imprudente en delito imprudente.
  - 6.2. Participación dolosa en delito imprudente.
  - 6.3. Participación imprudente en delito doloso.
- 7. La codelincuencia en los delitos cometidos a través de medios de comunicación social.
  - 7.1. Fundamento de la regulación.
  - 7.2. Características del sistema.

Lección 16. La antijuricidad como elemento del delito. Epígrafes:

- 1. El delito como acción antijurídica. Las causas de justificación sistemática:
  - 1.1. Los efectos de la apreciación de una causa de justificación.
  - 1.2. Sistemática de la regulación de las causas de justificación.
  - 1.3. Clasificación de las causas de justificación conforme a su fundamento y conforme a su estructura típica.
- 2. El tipo de las causas de justificación. Elementos objetivos y elementos subjetivos.
- 3. La exclusión de lo injusto: valor de la acción y valor del resultado en las causas de justificación.
  - 3.1. Supuestos discutidos: la ausencia del elemento subjetivo de justificación y la creencia errónea de que concurren los elementos objetivos del tipo de justificación.
    - 3.1.1. La ausencia del elemento subjetivo de justificación.
    - 3.1.2. La creencia errónea de que concurren los elementos objetivos del tipo de justificación.

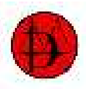


Lección 17. El delito como conducta antijurídica (I): Las causas de justificación (I): La legítima defensa y el estado de necesidad. Epígrafes:

- 1. La legítima defensa.
  - 1.1. Fundamento y naturaleza de la eximente de legítima defensa.
    - 1.1.1. El doble funcionamiento de la eximente de legítima defensa.
    - 1.1.2. La naturaleza de la eximente de legítima defensa.
  - 1.2. Requisitos de la causa de justificación de la legítima defensa.
    - 1.2.1. Los requisitos objetivos de la legítima defensa.
    - 1.2.2. El requisito subjetivo de la legítima defensa: conciencia y voluntad de defensa.
  - 1.3. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la causa de justificación de la legítima defensa.
- 2. El estado de necesidad.
  - 2.1. Fundamento y naturaleza de la eximente de estado de necesidad.
    - 2.1.1. La doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad.
    - 2.1.2. Los planteamientos unitarios de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad.
    - 2.1.3. Toma de postura: la doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad y su distinto fundamento.
  - 2.2. Requisitos de la eximente de estado de necesidad.
    - 2.2.1. Requisitos objetivos del estado de necesidad.
    - 2.2.2. El requisito subjetivo del estado de necesidad: la conciencia y voluntad de evitar un mal propio o ajeno.
  - 2.3. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la eximente de estado de necesidad.

Lección 18. El delito como conducta antijurídica (II): Las causas de justificación (II): El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y el consentimiento. Epígrafes:

- 1. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho.
  - 1.1. Fundamento y naturaleza de la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho.
  - 1.2. Requisitos de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho.
    - 1.2.1. Requisitos objetivos de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho.
    - 1.2.2. El requisito subjetivo de la causa de justificación de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho: la conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.
  - 1.3. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho.
  - 1.4. Aplicación práctica de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho.
    - 1.4.1. El cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones.
    - 1.4.2. La obediencia debida.
    - 1.4.3. El derecho-deber de corrección.



        - 1.4.4. El ejercicio legítimo de un derecho en el ámbito profesional.
        - 1.4.5. El derecho a la práctica del deporte.
        - 1.4.6. La realización arbitraria del propio derecho: vías de hecho.
- 2. El consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad y como causa de justificación.
    - 2.1. El consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad.
        - 2.1.1. Fundamento del consentimiento como causa de la exclusión de la tipicidad.
        - 2.1.2. Requisitos del consentimiento como causa de exclusión del tipo.
    - 2.2. El consentimiento como causa de justificación.
        - 2.2.1. Fundamento del consentimiento como causa de justificación.
        - 2.2.2. Requisitos del consentimiento como causa de justificación.
        - 2.2.3. Aplicación práctica del consentimiento como causa de justificación.

Lección 19. El delito como conducta antijurídica (III): La graduación de lo injusto. Epígrafes:

- 1. Lo injusto como magnitud graduable.
- 2. Concepto y clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes.
    - 2.1. Concepto de circunstancias agravantes y atenuantes.
    - 2.2. Clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes.
        - 2.2.1. Clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes por su ámbito de aplicación.
        - 2.2.2. Clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes por su fundamento y naturaleza.
- 3. Circunstancias atenuantes que se basan en una menor gravedad de lo injusto.
    - 3.1. Causas de justificación incompletas del artículo 21, regla 1ª del Código Penal.
        - 3.1.1. La causa de justificación incompleta de la legítima defensa.
        - 3.1.2. La eximente incompleta de estado de necesidad.
        - 3.1.3. La causa de justificación incompleta de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho.
    - 3.2. Atenuantes por analogía: las atenuantes por analogía que suponen una menor gravedad de lo injusto.
        - 3.2.1. Fundamento y límites de las atenuantes por analogía.
        - 3.2.2. Las atenuantes por analogía que suponen una menor gravedad de lo injusto.
- 4. Circunstancias agravantes que se basan en una mayor gravedad de lo injusto.
    - 4.1. La alevosía.
        - 4.1.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancias agravante de alevosía.
        - 4.1.2. Requisitos de la circunstancia agravante de alevosía.
        - 4.1.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de alevosía.
    - 4.2. El disfraz.
        - 4.2.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de disfraz.
        - 4.2.2. Requisitos de la circunstancia agravante de disfraz.
        - 4.2.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de disfraz.
    - 4.3. El abuso de superioridad.
        - 4.3.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de abuso de superioridad.



    - 4.3.2. Requisitos de la circunstancia agravante de abuso de superioridad.
    - 4.3.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad.
- 4.4. Aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.
    - 4.4.1. Aprovechamiento de la circunstancia de lugar.
    - 4.4.2. Aprovechamiento de la circunstancia de tiempo.
    - 4.4.3. Aprovechamiento del auxilio de terceros.
- 4.5. El ensañamiento.
    - 4.5.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de ensañamiento.
    - 4.5.2. Requisitos de la circunstancia agravante de ensañamiento.
    - 4.5.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de ensañamiento.
- 4.6. El abuso de confianza.
    - 4.6.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de abuso de confianza.
    - 4.6.2. Requisitos de la circunstancia agravante de abuso de confianza.
    - 4.6.3 Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de abuso de confianza.
- 4.7. Aprovechamiento del carácter público del culpable.
    - 4.7.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable.
    - 4.7.2. Requisitos de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable.
    - 4.7.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable.
- 4.8. La circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad.
    - 4.8.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad.
    - 4.8.2. Requisitos de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad.
    - 4.8.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad.



LECCIÓN 5

EL CONCEPTO DEL DELITO

1. LÍMITES DEL CONCEPTO DEL DELITO: LA CLASIFICACIÓN FORMAL DE LAS INFRACCIONES PENALES EN NUESTRO CÓDIGO

El delito se define, según el punto de vista material o formal, se define como:

- **Material**: Conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico atentando gravemente contra las concepciones ético-sociales, jurídicas, políticas y económicas fundamentales de una sociedad.
- **Formal**: Dicha conducta debe estar reconocida en las leyes penales bajo la amenaza de una sanción penal. Constituyen delito todas las infracciones recogidas en leyes penales bajo amenaza de pena.

A pesar de haberse sustituido la anterior clasificación de las infracciones penales, se sigue manteniendo en la LO 1/2015, de 30 de marzo, una triple categorización (art. 13 CP), basada en la gravedad de las penas aplicables:

- Delitos graves. Infracciones que la Ley castiga con pena grave (Art. 13.1 CP).
- Delitos menos graves. Infracciones que la Ley castiga con pena menos grave (Art. 13.2 CP).
- Delitos leves. Infracciones que la Ley castiga con pena leve (Art. 13.3 CP).

Además, el art. 13.4 CP: "*Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve*".

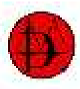
De este modo, las antiguas **faltas** han sido, en su mayor parte, transformadas en delitos leves, e incluso algunas, en delitos menos graves, aumentando considerablemente en algunos casos las penas aplicables a las mismas.

A raíz de esta nueva clasificación:

- El tratamiento de las tres clases de delito se equipara en cuestiones de grados de realización, las formas de participación o la concurrencia de circunstancias eximentes incompletas.
- Se mantiene la regulación anterior en cuanto a las circunstancias modificativas de responsabilidad: su incidencia en los delitos leves sigue quedando al prudente arbitrio de jueces y tribunales.
- Estructuralmente, los tres tipos de delitos comparten los mismos caracteres.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO: EL SENTIDO DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

El estudio de la teoría jurídica del delito nos permite conocer las características comunes a las diferentes clases de infracciones penales, constituyendo el núcleo central de la Parte general del Derecho penal, siendo además, herramienta básica para la aplicación práctica del mismo. Su principal hito ha sido sistematizar el proceso de determinación de las situaciones que dan lugar a la intervención de la justicia penal.

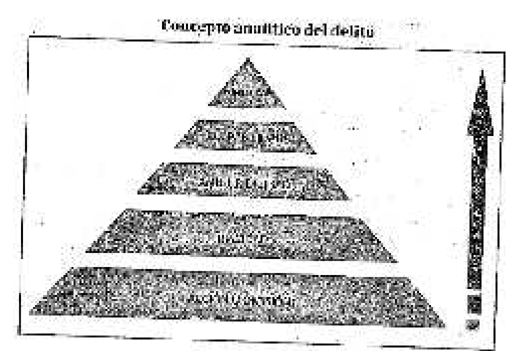


Mediante una serie de juicios sucesivos se debe determinar a qué hechos, según la ley penal vigente, es posible aplicar una consecuencia jurídica del delito (pena o medida de seguridad), obteniendo datos necesarios para concretar su tipo y medida.

La delimitación de las diversas categorías del análisis ha de basarse en criterios materiales. Así, solo si un determinado componente tiene una función propia que cumplir dentro del delito tendrá sentido concederle una posición independiente. Así, cabe distinguir cinco categorías que configuran el **concepto analítico del delito**: la conducta, su tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, y la punibilidad.

Estos cincos conceptos están relacionados de forma secuencial:

- Solo una acción u omisión puede ser típica.
- Solo una acción u omisión típica puede llegar a ser antijurídica.
- Solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable.
- Solo una acción u omisión culpable puede llegar a ser punible.



3. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO Y DE SUS CARACTERES CONSTITUTIVOS

3.1. CONCURRENCIA DE UNA ACCIÓN O UNA OMISIÓN: LA BASE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO

El primer elemento de la estructura del delito, sustantivo del que se ha de predicar el resto de calificativos que la conforman, es la concurrencia de una conducta humana.

Al analizar el contenido de las normas, éstas pueden adoptar dos formas:

- **Prohibiciones**: Una determinada acción debe ser evitada para que no se produzca la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Su incumplimiento sería de acción.
- **Mandatos**: Es necesario exigir un comportamiento activo para evitar que se produzca tal menoscabo. Su incumplimiento sería de omisión.

En la base de la estructura del delito, previamente a cualquier valoración sobre su trascendencia jurídica, se sitúa una conducta, que puede ser, una acción o una omisión.

La evolución del pensamiento penal se estructura en tres etapas:

- **Cientificismo**: Definir la conducta en base a su eficacia causal, concentrada en la cara objetiva del comportamiento humano.
- **Finalismo**: Construcciones ontológicas del finalismo, centradas en la cara interna del comportamiento.
- **Últimas concepciones:** Lleva la problemática al ámbito puramente jurídico y prescinden del carácter independiente de la acción y la omisión como primer elemento del delito, quedando integradas en el siguiente nivel, la tipicidad.

Entre las numerosas corrientes de pensamiento, nos vamos a situar en la órbita de la escuela finalista del Derecho penal (creador Hans Welzel). Así, definimos:

- **Acción**: ejercicio de actividad finalista, dirigida por la voluntad del sujeto a la consecución de un fin.



- **Omisión**: No realización de una acción finalista cuando se tiene la concreta capacidad de llevarla a cabo.

3.2. LA ACCIÓN U OMISIÓN HA DE SER TÍPICA: LOS ELEMENTOS QUE FUNDAMENTAN LO INJUSTO ESPECÍFICO DE LA FIGURA DELICTIVA

Por influencia del principio de legalidad, solo aquellas acciones u omisiones que estén recogidas en las leyes penales o que contengan los elementos que fundamentan lo injusto específico de una determinada figura delictiva, podrán llegar a ser jurídico-penalmente relevantes: **tipicidad**.

En la tipicidad, hemos de identificar en la conducta real los elementos que fundamentan lo injusto específico, característico de la conducta tipo (conducta ideal recogida por ley) fruto de una abstracción de la realidad. Se trata de un juicio central dentro de la estructura del delito.

Por el contrario, si no concurre alguno de los elementos que fundamentan lo injusto específico de la conducta tipo, la conducta real deberá ser declarada atípica y nuestro análisis habrá concluido.

La evolución del concepto de tipicidad se estructura en las siguientes etapas:

- Principios del s. XX el tipo de lo injusto se conformaba exclusivamente por elementos objetivos.
- Con la escuela finalista, se considera que también elementos subjetivos forman parte del tipo de lo injusto.

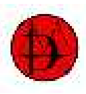
3.3. LA ACCIÓN U OMISIÓN TÍPICA HA DE SER ANTIJURÍDICA: EL JUICIO DE CONTRARIEDAD OBJETIVA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

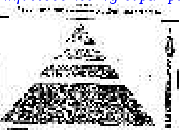
Por el análisis de la antijuridicidad: solo cuando la acción u omisión típica sea además antijurídica (objetivamente contraria a Derecho), podemos hablar de una infracción penal en sentido estricto, abriéndose la posibilidad de aplicar una pena o una medida de seguridad.

La tipicidad es el fundamento de la antijuridicidad pero, aunque la mayoría de las conductas típicas son además antijurídicas, existen ciertas situaciones, taxativamente determinadas por la concurrencia de las causas de justificación, que implican que lo que es típico no sea antijurídico, sino que sea plenamente lícito, conforme a Derecho.

Lo anterior se explica porque los tipos de lo injusto llevan implícitos mandatos o prohibiciones cuya vulneración supone la antijuridicidad de la conducta, salvo que interfiera el precepto permisivo de signo contrario que subyace a las causas de justificación. En estos casos, el comportamiento típico será conforme al ordenamiento jurídico. En el caso de que no concurra ninguna, la conducta típica será antijurídica, y podremos seguir con el análisis de los restantes caracteres del delito.

También, con el análisis de la antijuridicidad se puede determinar la gravedad del hecho antijurídico, comprobando la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes que puedan suponer una mayor o una menor gravedad de lo injusto, que actuarán como factores de modulación de la pena que se imponga finalmente.





3.4. LA ACCIÓN U OMISIÓN ANTIJURÍDICA HA DE SER CULPABLE: EL JUICIO DE REPROCHE

La culpabilidad es la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídica. Una vez comprobado que el sujeto ha realizado una conducta típica y antijurídica, toca determinar si es posible reprocharle la realización de la misma en las condiciones concretas en las que se desarrolló.

Así, se pasa de un plano general en el que se determina lo que está prohibido para todos, a un plano individual, en el que se ponderan las circunstancias del concreto sujeto en relación con el hecho ilícito cometido.

Desde el punto de vista del análisis jurídico-penal, es el momento de mayor trascendencia, por determinarse la culpabilidad del sujeto, ya que la medida de la misma supondrá un paso decisivo en la configuración de la necesidad, el tipo y la medida de la, aun posible, consecuencia jurídica a aplicar.

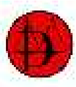
En base a lo anterior, se configura uno de los principios fundamentales del Derecho penal moderno: **no hay pena sin culpabilidad. La medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad**.

La evolución del concepto de culpabilidad se estructura en diversas etapas:

- Finales s. XIX y principios XX. Desde el causalismo se defendía la concepción psicológica de la culpabilidad. Siendo ésta un nexo psicológico entre el individuo y el resultado delictivo. Así, la culpabilidad podía adoptar dos formas:
    - Dolo. El sujeto tenía conciencia y voluntad de la producción del resultado delictivo.
    - Imprudencia. El sujeto había previsto o podía haberlo previsto sin llegar a observar el cuidado al que estaba obligado.

  Se caracterizaba porque la culpabilidad se centraba en el análisis subjetivo del delito, mientras que lo injusto quedaba reservado a los aspectos objetivos.

- Teorías normativas, que consideran que la culpabilidad es un juicio de reproche que se vincula a la libertad del individuo de actuar de un modo distinto al que lo hizo. Se centra en determinar si el autor podía haber actuado de un modo lícito o si, por el contrario, no era libre de hacerlo, y por tanto no es posible reprocharle su comportamiento.
- Discusión se centra en si es posible determinar empíricamente si el sujeto podía actuar o no de otro modo. La cuestión del libre albedrío, entendida como la concepción determinista o indeterminista del ser humano y su posible comprobación, caracteriza este modelo del desarrollo de las teorías de la culpabilidad.
    - Postura determinista: La imposibilidad práctica de establecer si el autor podía haber actuado de otro modo invalida el planteamiento propuesto.
    - Postura indeterminista: La posibilidad de comprobar empíricamente aspectos parciales de la capacidad de actuar de otro modo y con un apoyo normativo podemos fundamentar el juicio de reproche. Postura en la que nos situaremos.



El juicio de reprochabilidad queda basado en la libertad de la voluntad, solo en parte empíricamente demostrable, pero elemento básico de nuestra autocomprensión y de nuestra forma de interactuar en sociedad.

La culpabilidad se fundamenta en el análisis de la capacidad del sujeto de actuar de otro modo. Sin llegar a desconocer que el Derecho admite situaciones en las que se considera no culpables determinadas infracciones de la norma pese a que existe capacidad para evitarlas, debido a que el juicio de reproche propio de la culpabilidad tiene un alto contenido normativo, valorativo, de modo que, teniendo en cuenta al sujeto concreto, autor de la acción u omisión típica y antijurídica, se pretende realizar la igualdad real, tratando de modo diferente lo que es distinto.

Por ello, es necesaria la realización de una serie de juicios sucesivos analizando: la concurrencia de la inimputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, y la exigibilidad de la conducta.

Objetivo: valorar la capacidad del sujeto de actuar de un modo distinto, ajustando su comportamiento a l ordenamiento jurídico. Para determinar la idoneidad de imponer una consecuencia jurídica y establecer su medida.

3.5. EL ELEMENTO DE CIERRE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO: LA PUNIBILIDAD

Una vez que hemos determinado que la conducta es reprochable, queda realizar un último juicio valorando la concurrencia o no de diversos elementos que se encuentran íntimamente relacionados con consideraciones de conveniencia, de oportunidad, de carácter político criminal.

El objetivo es determinar si de acuerdo a dichas razones, el legislador opta por aplicar una sanción penal al hecho culpable, o si considera que es más oportuno llevar a cabo alguna limitación o incluso prescindir de la sanción que ha sido determinada por la gravedad de lo injusto culpable.

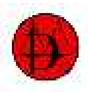
La punibilidad es un elemento estructural del delito, pero no es esencial, pese a tener un contenido propio.

La postura adoptada en este curso se centra en la función más destacada de la punibilidad como carácter fundamental para la realización última del principio de subsidiariedad en la aplicación del Derecho penal.

En la punibilidad se trataría, por un lado, de tomar decisiones sobre el propio recurso a la sanción penal, haciendo referencia a las condiciones objetivas de punibilidad y a las excusas absolutorias. Por otro lado, en el juicio de la punibilidad también es posible adoptar decisiones sobre la magnitud de la sanción. Así, ciertas consideraciones político criminales pueden determinar que en una concreta situación sea conveniente la aplicación de una pena más leve sin que ello suponga una menor gravedad de lo injusto culpable, e incluso llegar a prescindir de la pena; no siendo posible la consideración de agravantes, que sería contraria al principio de culpabilidad.

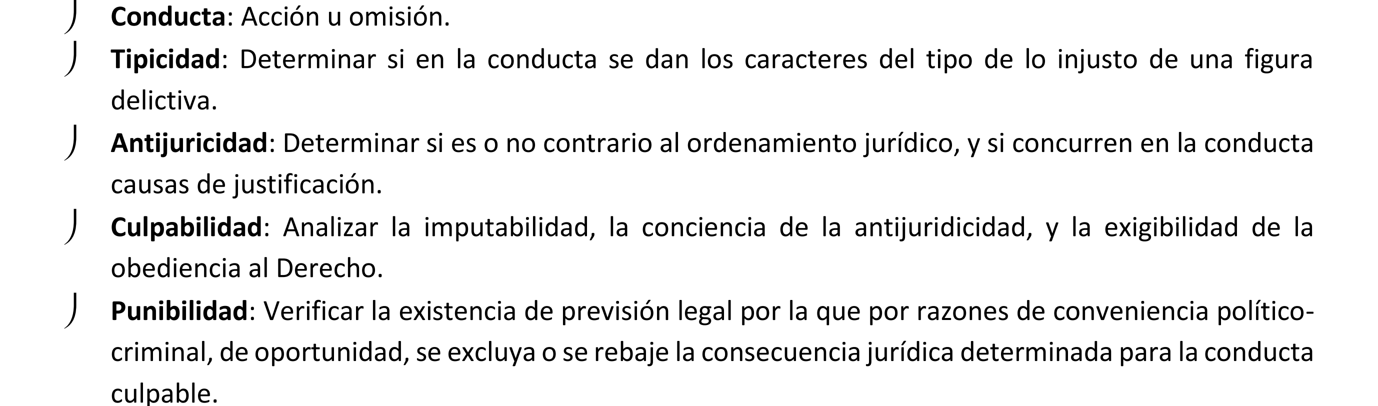
Tras el juicio de la punibilidad, habremos concluido si el sujeto es merecedor o no de pena o medida de seguridad alguna, así como a la concreción de la naturaleza y magnitud de las mismas.

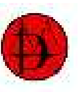
4. <u>RECAPITULACIÓN: EL CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO</u>



Desde el punto de vista analítico, el delito es una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. Elementos relacionados secuencialmente, en la que la presencia de uno de ellos presupone la existencia necesaria de los anteriores.

La estructura del delito queda como sigue:


- **Conducta**: Acción u omisión.
- **Tipicidad**: Determinar si en la conducta se dan los caracteres del tipo de lo injusto de una figura delictiva.
- **Antijuricidad**: Determinar si es o no contrario al ordenamiento jurídico, y si concurren en la conducta causas de justificación.
- **Culpabilidad**: Analizar la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, y la exigibilidad de la obediencia al Derecho.
- **Punibilidad**: Verificar la existencia de previsión legal por la que por razones de conveniencia político-criminal, de oportunidad, se excluya o se rebaje la consecuencia jurídica determinada para la conducta culpable.



LECCIÓN 6

LA TEORÍA DE LA CONDUCTA

1. LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN COMO PRIMER ELEMENTO DEL DELITO. LAS FUNCIONES DE LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN

La conducta humana puede presentar dos formas: acción y omisión. Los mandatos y prohibiciones tienen tras de sí acciones y omisiones, conformando el carácter dual del sistema.

El penalista Maihofer estableció las funciones que ha de cumplir la conducta:

- **Función lógica**: Ha de actuar como **elemento básico**, unitario, del sistema de la teoría del delito.
- **Función sistemática**: Ha de actuar como **elemento de unión** o enlace de las distintas fases del análisis.
- **Función práctica**: Ha de actuar como **elemento límite**, que establezca las fronteras con aquellos fenómenos irrelevantes para el Derecho penal.

1.1. FUNCIÓN LÓGICA: LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN COMO BASE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO

La conducta (acción y omisión) es el elemento básico del sistema, sobre el que se asientan los demás elementos que permitirán calificarla como delictiva.

Los conceptos ofrecidos han de ser lo suficientemente amplios para que todos los fenómenos que puedan constituirse en delito queden integrados en los mismos.

El Derecho penal español opta por el modelo binario, acción y omisión como conceptos básicos de la estructura del delito.

Frente a este modelo binario, Maihofer defiende el concepto acción como elemento básico unitario, como un supraconcepto. La búsqueda del mismo resultó una de las pretensiones más estériles de la Ciencia del Derecho penal moderna.

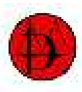
1.2. FUNCIÓN SISTEMÁTICA: LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN COMO ENLACE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO

La conducta (acción y omisión) es enlace entre todas las fases del análisis jurídico penal, actuando de hilo conductor de los demás elementos del delito.

Las definiciones que construyamos deberán ser valorativa y descriptivamente neutrales, de forma que no prejuzguen caracteres que solo más adelante han de ser analizados, cumpliéndose así con el papel sistemático de ambos conceptos.

1.3. FUNCIÓN PRÁCTICA: LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN LÍMITE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO

La conducta (acción y omisión) sirve como límite de la estructura del delito. Por lo que deben ser suficientemente concretos para excluir aquellos fenómenos que por sí solos no puedan ser relevantes para el Derecho penal.



Es el primer escalón del análisis progresivo en el que debemos limitarnos a aquellos fenómenos que puedan ser definidos como acción u omisión puedan llegar a ser calificados como delictivos.

2. LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN EN LA MODERNA CIENCIA DEL DERECHO PENAL: PLANTEAMIENTO Y CRÍTICA DE LOS DIVERSOS MODELOS

Existen tres grandes corrientes en la Ciencia del Derecho Penal moderna:

- El causalismo: desde finales del s. XIX y principios del XX.
- El finalista: desarrollada en los años treinta del s. XX.
- El normativista: coincidiendo con las últimas propuestas.

2.1. EL CONCEPTO CAUSAL DE ACCIÓN: EL CIENTIFICISMO DE VON LISZT Y BELING

El concepto causal de acción se engloba dentro de los modelos de comportamiento ontológicos. Desarrollado por Von Liszt y Being en un primer momento como la concepción clásica del delito. Posteriormente adaptada por Mezger, bajo la influencia del pensamiento neokantiano, dando lugar a la concepción neoclásica. Ambas se caracterizan por el contraste objetivo-subjetivo entre injusto y culpabilidad.

El concepto de acción sufre una objetivación y mecanización, centrándose en su faceta causal.

2.1.1. Planteamiento del modelo causal de acción

Von Liszt: La acción humana es una modificación causal del mundo exterior, perceptible por los sentidos y provocada por una manifestación de voluntad, que puede consistir en la realización o no realización voluntaria de un movimiento corporal, según nos encontremos ante una acción o una omisión.

Los elementos que configuran el concepto causal de acción son:

- La voluntad.
- La relación de causalidad. Punto central del planteamiento.
- El resultado.

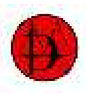
El modelo gira en torno a un impulso causal voluntario. Definición naturalista, que se centra en la cara externa del comportamiento, persiguiendo la mayor objetividad posible, apartando los componentes subjetivos, por lo que el contenido de la voluntad es ajeno al concepto causal de la acción.

Consecuencia principal es que a la conducta (acción y omisión) pertenecen todos los resultados causalmente producidos, sin importar que fueran queridos o no por el autor.

2.1.2. La crítica al modelo causal de acción

El modelo causal fue un paso fundamental en el desarrollo de la teoría jurídica del delito, pero no libre de deficiencias:

- **Concepto excesivamente amplio**. Su pretendida objetividad al concebir la acción humana de forma mecánica, conlleva una falta de límites:



- Cualquier resultado causalmente unido a una manifestación de voluntad pertenece a la acción.
- La causalidad como ley de la sucesión interfenoménica, es un concepto imposible de acotar desde una perspectiva naturalista.
- El mantenimiento de dicha objetividad se hace inasumible en los siguientes niveles de la estructura del delito (tipicidad y antijuridicidad), produciéndose dificultades para:
  - Mantener la responsabilidad penal dentro de unos límites adecuados.
  - Que cada uno de los caracteres del delito cumpla su función en el sistema.

- **Fricciones entre el modelo causal y los comportamientos omisivos**.
  - Se consideran comportamientos omisivos las modificaciones del mundo exterior debidas a la no realización voluntaria de un movimiento corporal.
  - Principal problema radica en el binomio causalidad-omisión. Según el principio *ex nihilo nihil fit* (de la nada nada surge); la omisión es la nada en el ámbito físico, por lo que no puede causar resultado material alguno.
  - Quien omite en el mundo físico simplemente no evita un resultado provocado por un curso causal ajeno, de ahí que no se pueda aceptar con carácter general la visión causal de los comportamientos omisivos.
  - Tampoco el requisito de la voluntariedad es necesariamente un elemento de los comportamientos omisivos. Ya que existen omisiones voluntarias, al igual que omisiones inconscientes, y por tanto, involuntarias.

2.2. EL CONCEPTO FINALISTA DE ACCIÓN: WELZEL Y LOS ASPECTOS SUBJETIVOS DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

El concepto finalista de acción fue desarrollado por Hans Welzel a principios del s. XX, a partir de la existencia de una serie de estructuras lógico-objetivas (ontológicas) del mundo del ser, que el legislador ha de tener en cuenta en su regulación. Incluyendo elementos subjetivos en los niveles previos a la culpabilidad.

2.2.1. Planteamiento del modelo finalista de acción

La característica de la acción humana en la esfera ontológica consiste en que el sujeto dirige su conducta hacia un fin. La acción es ejercicio de actividad finalista.

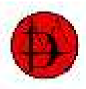
El componente subjetivo introducido por Welzel se da porque el sujeto, gracias a su saber causal, puede prever dentro de unos límites las consecuencias de su conducta, asignarse fines y dirigir su actividad hacia un determinado fin.

Los elementos del concepto finalista de acción son:

- La **finalidad**. Siendo la parte central del planteamiento, también denominada **voluntad de realización**.
- La **causalidad**.
- El **resultado**.

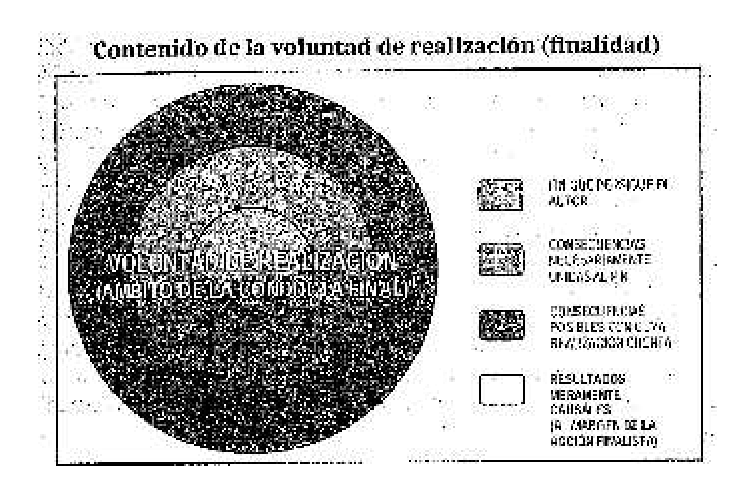
La conducta es una auténtica unidad, constituida en torno a la dirección finalista del individuo.

La finalidad (voluntad de realización) define los límites externos de la conducta activa. Si un resultado no está comprendido en la misma, no será parte del contenido de la acción (entendida de forma amplia) finalista, con



lo que en principio se superan algunos de los problemas del modelo causal de acción. La delimitación del contenido que abarca la voluntad de realización del sujeto es decisiva en la determinación de los límites de la acción. Se pueden trazar tres círculos:

- **Primero**. Pertenecen a la acción aquellos resultados que constituyen el fin que persigue el autor.
- **Segundo**. La acción incluirá también aquellas consecuencias que el sujeto considera necesariamente unidas a la consecución de su fin principal.
- **Tercero**. Aquellas consecuencias de la misma que el sujeto entiende como meramente posibles pero con cuya producción cuenta.



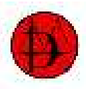
Más allá de los límites descritos, es posible que de una acción se deriven consecuencias no incluidas en la voluntad de realización del sujeto, bien porque siendo previstas, confiara en que no se produjeran; bien porque no siquiera habían sido previstas. Estas consecuencias producidas de un modo meramente causal, no finalista, no pertenecen al concepto de acción finalista, aunque pueden tener trascendencia penal.

El modelo finalista, incapaz de encontrar un supraconcepto de comportamiento, define a la omisión como la no realización de una acción finalista cuando se tenía la capacidad de llevarla a cabo.

2.2.2. La crítica al modelo finalista de acción

Entre las críticas se planteó que el campo de la omisión, resultaba excesivamente limitado para su aplicación en los delitos imprudentes. Críticas no convincentes.

- **¿Concepto excesivamente limitado?** Los resultados que no se encuentran comprendidos por la voluntad de realización no pertenecen a su acción finalista. Así se centra el punto de mira en las dificultades que plantea en los delitos imprudentes donde el resultado no es querido y queda al margen de la acción finalista.
  - Respuesta de Welzel: En los delitos imprudentes existe en todo caso una acción finalista y el análisis de sus elementos ontológicos es precisamente lo que nos va a permitir la declaración de imprudencia. Son los medios utilizados y las formas de dirección finalista de esa conducta los factores que permiten determinar si el sujeto actuó o no imprudentemente. Mientras, el resultado y la relación de causalidad constituirán requisitos del siguiente nivel del análisis (la tipicidad de los delitos imprudentes).
  - Se desprende que el concepto finalista de acción cumple con la función de elemento básico del sistema (función lógica).



- **La omisión en el ámbito del finalismo**.
  - Omisión: la no realización de una acción cuando se tenía capacidad de acción.
  - Las críticas se basan en dos cuestiones:
    - El afán por encontrar un supraconcepto de acción capaz de englobar a acción y omisión.
    - Los problemas de ligar omisión y causalidad.
  - La finalidad supone el manejo de los cursos causales hacia un fin. La omisión, al ser la nada física, no es causal en dicho ámbito, pues la nada nada causa; y por ello tampoco puede ser finalista, por renunciar consciente o inconscientemente al control de los cursos causales.

2.3. LOS CONCEPTOS SOCIAL Y SIGNIFICATIVO DE LA CONDUCTA: LOS INTENTOS DE SUPERAR LOS MODELOS ONTOLÓGICOS DE COMPORTAMIENTO

Los dos modelos anteriores, causalismo y finalismo, sitúan la acción (conducta) en un plano previo al de cualquier valoración, pretendiendo que las estructuras puramente jurídicas se asentaran sobre una base cuya firmeza estaba avalada por su naturaleza ontológica.

Las deficiencias de ambas teorías propulsaron la elaboración de nuevos patrones que incluían en el primer estrato de la estructura del delito (la conducta) elementos de carácter valorativo: los conceptos social y significativo de acción.

2.3.1. El concepto social de acción

Desarrollado por Jescheck y Wessels, por el que se añade un elemento valorativo al concepto de acción: la relevancia social de la conducta.

- **Jescheck**: La acción humana es toda conducta socialmente relevante, y lo será siempre que afecte a la relación entre el individuo y la sociedad, repercutiendo sobre la misma sus consecuencias.
- **Wessels**: La acción humana es una conducta socialmente relevante, bien dominada por la voluntad, bien dominable por la misma.

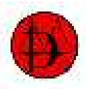
La crítica de esta corriente se centra en su falta de concreción, que afecta:

- A su papel como elemento básico del sistema: función lógica.
- A las posibilidades de constituirse en enlace entre las distintas categorías. En el desarrollo del modelo social de acción es frecuente encontrar referencias al requisito de la previsibilidad objetiva de los resultados, con lo que se quiebra el principio de que el concepto de conducta no prejuzgue caracteres propios de otros niveles del delito: función sistemática.

2.3.2. El concepto significativo de acción

Sin llegar a negar el sustrato ontológico, se destaca que lo que realmente define al comportamiento es la atribución social de sentido.

La crítica de este tipo de teorías se centra en que necesitan en cualquier caso de una base a la que atribuir ese sentido social, por lo que queda pendiente determinar las características de ese sustrato; lo que nos devuelve a un plano previo al análisis.



2.4. LA CRISIS Y RENUNCIA DE LA CONDUCTA COMO BASE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO

Por un lado, se han desarrollado en las últimas décadas una serie de modelos que renuncian a algunas de las funciones atribuidas al concepto de conducta, integrando abiertamente en el mismo, caracteres propios de otros elementos del delito, como la tipicidad o la culpabilidad.

Por otro lado, otras líneas de pensamiento optan por la ruptura, prescindiendo de la autonomía de acción y omisión como primer elemento del sistema, integrándolas en la tipicidad, e incluso, en la antijuridicidad, que absorbería también la tipicidad, pasando a ocupar la base de la estructura del delito.

3. CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

Los conceptos de acción y de omisión son estructuras lógico-objetivas que han de ser tenidas en cuenta por el Derecho penal para alcanzar su objetivo de protección de los bienes jurídicos.

Solo conociendo la naturaleza de la conducta humana, las normas podrán optimizar su función y alcanzar su objetivo. Es por ello que en la base de la estructura del delito, de modo previo a cualquier valoración sobre su trascendencia jurídica, se sitúa una acción o una omisión.

3.1. CONCEPTO DE ACCIÓN

La acción es ejercicio de actividad finalista. El sujeto mediante el manejo de los cursos causales dirige su conducta a la consecución de un fin.

Se trata de un concepto ontológico sobre el que el Derecho desarrollará sus valoraciones.

El ámbito de la acción viene determinado por el contenido de la voluntad de realización (finalidad), articulado en tres niveles:

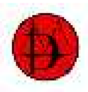
- Los resultados que constituyen el fin principal de la conducta.
- Los resultados que se encuentran necesariamente unidos al fin principal de la conducta.
- Los resultados que ve como posibles y con cuya realización cuenta.

El resto de resultados, causalmente producidos, no forman parte de dicha acción finalista.

El concepto de acción cumple así con las funciones anteriormente citadas:

- Con la función lógica; en cuanto se erige como parte del binomio base de la estructura del delito, abarcando, junto con la omisión, todos los fenómenos que puedan llegar a tener relevancia penal.
- Con la función sistemática; en cuanto el concepto es valorativa y descriptivamente neutral, siendo enlace entre el resto de los caracteres del delito sin prejuzgar su contenido.
- Con la función práctica; en cuanto la acción como ejercicio de actividad finalista, tiene el significado práctico de limitar el ámbito del comportamiento, excluyendo aquellos fenómenos que por sí solos carecen de trascendencia penal.

3.2. CONCEPTO DE OMISIÓN



La omisión no es la mera ausencia de comportamiento, sino que se trata de la no realización de una acción cuando se tenía capacidad concreta para llevarla a cabo. La nota concreta de este concepto es la **capacidad concreta de acción**. Para que el sujeto sea capaz de acción, deben concurrir los siguientes elementos:

- El sujeto debe tener conocimiento o poder conocer la situación real en la que desarrollar la conducta.
- Deben concurrir las circunstancias materiales externas y estar disponibles los medios e instrumentos necesarios para poner en práctica la acción y el sujeto ha de conocer o poder conocer este extremo.
- El omitente ha de contar con los conocimientos y capacidades precisos para realizar la acción, pudiendo tomar conciencia de ambos hechos. Siendo relevante que el sujeto conozca o tenga posibilidad de conocer el modo en que, habida cuenta del conjunto de factores concurrentes, tanto externos como internos, es posible dirigir su conducta hacia el objetivo. En conclusión, el sujeto ha de ser capaz de conectar los distintos elementos objetivos y los conocimientos de que dispone o puede disponer y dirigir el sistema hacia el resultado perseguido para tener la capacidad concreta de acción.

La omisión es la nada física, por lo que no es posible incluir resultado físico material alguno, ergo, no podemos hablar de finalidad en el sentido descrito para la acción, ya que el sujeto no puede dirigir su omisión hacia la producción de un resultado físico.

No obstante, como el ser humano interactúa socio-culturalmente, es posible encontrar omisiones causales, y por tanto, finales. Esto es así debido a que la omisión es considerada como la nada mecánica, pero no la nada social, pudiendo provocar modificaciones en el entorno socio-cultural en el que se verifica. Así el principio *ex nihilo nihil fit* mantiene su vigencia.

Este modelo describe un comportamiento omisivo de naturaleza ontológica, su existencia es previa a cualquier juicio de valor y sus características habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de desarrollar los distintos elementos que completan la estructura de los delitos de omisión.

El concepto de omisión complementa al de acción en su papel de elemento básico binario, de enlace y límite de la teoría del delito.

4. LOS LÍMITES DE LA CONDUCTA: CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

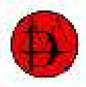
En el ámbito de la función práctica de la conducta como límite de la estructura del delito, tiene como efecto en el primer peldaño del concepto analítico del delito, de excluir como posible sustrato delictivo a todos aquellos fenómenos que no cuentan con los requisitos que las caracterizan.

4.1. LA EXCLUSIÓN DE LOS SUCESOS NO TIENEN SU ORIGEN EN UNA PERSONA FÍSICA

Finalidad en la acción y capacidad de dirección finalista en la omisión, son conceptos para el ser humano, por lo que excluyen de la base del delito a fenómenos que no tengan su origen en una persona física.

4.1.1. Fenómenos de la naturaleza o provocados por animales

Éstos no son acciones ni omisiones, y por lo tanto, no podrán ser declarados delictivos. No obstante, pueden ser fuente indirecta de responsabilidad penal si dichos fenómenos guardan relación con una conducta humana, pudiendo llegar a constituirse en base de la responsabilidad penal de su autor.



4.1.2. Actos de las personas jurídicas

Las últimas políticas penales incluyen a las personas jurídicas como sujetos activos del delito, acabando con la vigencia del clásico principio *societas delinquere non potest*.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas presupone en toco caso la existencia del comportamiento de una persona física, incluso cuando no se haya podido identificar en concreto.

4.2. LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS FENÓMENOS CON ORIGEN EN LAS PERSONAS FÍSICAS

Se trata de excluir de la base del delito todas aquellas manifestaciones del ser humano que no presentan las características de la acción y la omisión tal como se han descrito.

4.2.1. El pensamiento

La necesidad de concurrencia de una acción u omisión conlleva la exclusión de los pensamientos del ámbito de los fenómenos potencialmente punibles: principio *cogitationis poenam nemo patitur*.

Ni la resolución delictiva, ni la disposición de ánimo o talante son base suficiente para la aplicación del Derecho penal salvo que sean puestas de manifiesto por actos externos.

4.2.2. La fuerza irresistible

La **fuerza irresistible**, en los supuestos de *vis absoluta*, que no deja otra opción a quien la sufre, elimina tanto la voluntad de realización como la capacidad de dirección finalista de la conducta, por lo que queda excluida la concurrencia del primer elemento de la estructura del delito y cualquier tipo de responsabilidad penal del sujeto objeto de la misma. La fuerza irresistible puede provenir tanto de un fenómeno de la naturaleza como de un tercero.

Por el contrario, no cabe excluir la conducta en los supuestos de *vis compulsiva,* en los que, aun estando condicionada la voluntad de realización o limitada la capacidad de dirección finalista de la conducta, no quedan eliminadas.

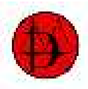
4.2.3. Otros movimientos corporales

También se excluyen los movimientos corporales de quien sufre un ataque de epilepsia, de quien duerme, o los actos reflejos en sentido estricto. No constituyendo por sí solos base suficiente para su declaración como delictivos. Que en todo caso, serán conductas concomitantes las que finalmente puedan ser objeto de reproche penal.

4.2.4. Supuestos límite

En casos como los de hipnosis o narcosis, se opta más por la admisión de la existencia de una conducta en sentido estricto y la aplicación de atenuantes o eximentes en sede de culpabilidad. No excluyen por tanto la conducta humana.

5. LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN Y OMISIÓN Y LA DETERMINACIÓN DEL TIEMPO Y LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO



Roxin considera una cuarta función del concepto de conducta: la de determinar el tiempo y lugar de comisión del delito. La trascendencia de la aplicación de la ley penal en el tiempo y el espacio y las instituciones como la prescripción de los delitos, dependen directamente de la fijación del momento y lugar de comisión de la infracción penal, y por tanto de la conducta que le sirve de base.

La concreción del tiempo y lugar del delito es cuestión a caballo entre la teoría de la conducta y la de la tipicidad, por lo que, no puede incluirse en puridad entre las funciones de los conceptos de la conducta.

Cuando los delitos en los que la conducta y el resultado se producen en el mismo lugar y momento, y los que consisten en la mera realización de una acción u omisión, no presentan problemas para determinar ambos parámetros.

No obstante, cuando la conducta y el resultado están separados en el tiempo y en el espacio, para la determinación de estos parámetros se establecen tres teorías:

- Teoría de la actividad. El delito se comete en el momento y lugar en que se desarrolla la actividad.
- Teoría del resultado. El delito se comete en el momento y lugar en el que se produce su resultado.
- Teoría de la ubicuidad, mixta. En la determinación se pueden emplear los relativos a la conducta como los que se refieren al resultado.

La utilización de una u otra teoría dependerá de las características del delito o institución objeto de análisis y sus concretas necesidades, no siendo posible seguir un único criterio de forma excluyente.

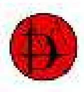
Así, es regla general que para la determinación:

- Del momento: se considere el momento en el que se realizó la última actividad delictiva, se eliminó la situación ilícita, o desde que cesó la conducta.
- Del lugar: se considere que se realizó tanto en el lugar de comisión como en el que surtió sus efectos.

6. LOS SUJETOS Y LAS CONSECUENCIAS DE LA CONDUCTA: SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO DEL DELITO, OBJETO Y PERJUDICADO

6.1. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO. EXCURSO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Es sujeto activo del delito la persona física que realice la conducta. A partir de la reforma del CP por LO 5/2010, de 22 de junio, se incluyó expresamente la posibilidad de que también las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de conductas delictivas (art. 31 bis CP: *"En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán plenamente responsables: A) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.; B) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso")*.



La responsabilidad penal de las personas jurídicas se construye sobre la existencia de conductas llevadas a cabo por personas físicas (representantes legales y administradores de hecho o de derecho, que actúen en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, o subordinados sobre los que no se ha ejercido el debido control). No obstante, no es necesario que para declarar la responsabilidad penal de una persona jurídica sea requisito *sine qua nom* que se individualice a la persona física que realizara la conducta (art. 31 ter. 1 CP: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella"*.

Conclusión: Derogación del principio *societas delinquere non potest* en nuestro ordenamiento jurídico.

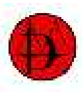
6.2. EL SUJETO PASIVO DEL DELITO: SU DISTINCIÓN DEL OBJETO DE LA CONDUCTA DELICTIVA Y DE LOS PERJUDICADOS POR LA MISMA

El sujeto pasivo del delito es el portador del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, pudiendo ser tanto persona física como jurídica.

El objeto de la conducta es la persona o cosa sobre la que recae la acción u omisión delictiva.

El perjudicado, similar al concepto de sujeto pasivo, pero con perfiles más amplios, junto al que pueden situarse familiares o terceros.

El sujeto pasivo no tiene por qué coincidir con el objeto de la conducta delictiva y perjudicados por la misma.



LECCIÓN 7

LA CAUSALIDAD EN LA TEORÍA DE LA CONDUCTA Y EN LA TEORÍA DE LA TIPICIDAD

1. CONCEPTO Y LÍMITES DE LA CAUSALIDAD

1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA CAUSALIDAD

Welzel: *"El concepto de causalidad es una categoría del ser. Además, es ley de sucesión, no perceptible, pero mentalmente captable, del acontecer real y es, por ello, tan real como el acontecer mismo. El Derecho también tiene que partir de ese concepto ontológico de causalidad"*.

La causalidad es la ley de sucesión interfenoménica que se presenta como un concepto ontológico. Se da en un plano avalorativo (no normativo), previo al de su consideración por cualquier norma. Así, es un concepto sobre el que operar las valoraciones propias del Derecho penal.

Welzel: *"Solo una vez verificada la existencia de un nexo causal es posible analizar si resulta jurídico-penalmente relevante o no"*. Por ello, la causalidad se mueve en un plano previo al de la atribución de responsabilidad y no siempre deriva en esta.

1.2. ALCANCE DEL CONCEPTO DE CAUSALIDAD: CAUSALIDAD EN EL MARCO FÍSICO NATURAL Y CAUSALIDAD EN EL ÁMBITO SOCIO CULTURAL

1.2.1. Causalidad en el marco físico natural

El concepto de causalidad en un marco físico natural, es heredero del causalismo y su visión mecánica de las relaciones causales. Por ello es común la idea de que la causalidad se mueve exclusivamente en el campo físico natural, lo que, por el contrario, supone una importante limitación en cuanto a que la realidad de la que participa el Derecho no es simplemente física, sino fundamentalmente social y cultural.

Son casos de causalidad en un marco físico natural, aquéllos en los que la naturaleza material de las cosas nos indica la existencia de una relación lógica, necesaria, natural, entre dos fenómenos.

Conclusiones desde el punto de vista científico natural:

- Los modelos causales de la caracterización del comportamiento humano abandonan el análisis de las características de hacer y omitir antes de agotarlo en todos sus matices.
- Las acciones conllevan el manejo de cursos causales que pueden desembocar en resultados externos, de modificación de la situación preexistente.
- En las conductas omisivas no se puede apreciar relación material alguna con cambios en el mundo exterior. Los nexos causales físico naturales son ajenos al mundo de la omisión: la nada física nada causa.

1.2.2. Causalidad en el ámbito socio-cultural

No obstante, en otros muchos supuestos, el entendimiento externo del comportamiento no permite conocer el contenido (significado) de la conducta humana, no meramente mecánica, que se encuentra tras ellos.



Conclusión que también es necesariamente extensible a los caracteres individuales de tales supuestos: al análisis de los procesos causales subyacentes, cuya existencia solo puede ser entendida plenamente desde la introducción de ciertos sistemas de valores que se alejan de la concepción mecánica: la realidad socio-cultural. Sin que por ello se produzca fractura del concepto de causalidad como ley de sucesión, siendo necesario precisar que ésta puede asentarse sobre estructuras de distinta naturaleza.

El ser humano no solo se interrelaciona con el medio circundante a través del manejo de cursos mecánicos, sino también aprovechando determinadas estructuras y consideraciones socio culturales.

En los supuestos de causalidad en el marco socio-cultural, la situación viene condicionada y determinada por procesos de distinta naturaleza, relativos al ámbito socio-cultural en el que se desarrolla la conducta causante y su reflejo en la esfera individual.

Con esta concepción, el resultado y la relación de causalidad son absolutamente reales, existentes con anterioridad e independencia de la aplicación de un concreto conjunto de normas con el objeto de comprobar su concurrencia; es decir, su naturaleza es ontológica. Sin embargo, solo el desarrollo de la conducta en el seno de un sistema normativo de referencia posibilita la aparición del resultado.

Conclusiones desde el punto de vista socio cultural:

- Tanto conducta activa como omisiva pueden producir efectos en el ámbito socio cultural (eficacia causal).
- Pérdida de validez para este ámbito del principio *ex nihilo nihil fit*, la nada material nada causa. Sin que se vea comprometida en el marco físico natural, debido a que, la omisión es la nada mecánica, pero no la nada social.

Ambas concepciones han de complementarse.

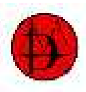
2. TRASCENDENCIA DE LA CAUSALIDAD: SIGNIFICADOS PRÁCTICO Y SISTEMÁTICO

2.1. EL SIGNIFICADO PRÁCTICO DE LA CAUSALIDAD: LA CRISIS DEL DOGMA CAUSAL

Durante mucho tiempo el establecimiento de la responsabilidad penal se apoyaba fundamentalmente en el dogma causal, por el cual, los delitos eran entendidos como causación de la lesión de bienes jurídicos. La constatación de una relación de causalidad aparecía como requisito imprescindible para la imposición de una pena.

El dogma causal entro en crisis, encauzándose el desbordado papel de la causalidad en dos sentidos:

- La existencia de una relación de causalidad no es requisito imprescindible para el establecimiento de la responsabilidad penal. Por existir responsabilidad penal al margen de una relación de causalidad que la fundamente, no se precisa la concurrencia de esta última en:
  - Supuestos de tentativa.
  - Delitos de simple actividad.
  - Delitos de omisión pura.
  - Delitos de comisión por omisión.



- o Delitos de omisión no causal y resultado.

- Relativizar el papel de las relaciones de causalidad en aquellos casos en los que concurren. Causalidad no es responsabilidad. La comprobación de la existencia de una relación de causalidad entre una conducta y un resultado no es suficiente para predicar de ella su tipicidad.

2.2. LA CAUSALIDAD EN EL SISTEMA DEL DELITO: CAUSALIDAD COMO ELEMENTO DE LA CONDUCTA Y COMO ELEMENTO DEL TIPO

Desde la perspectiva sistemática, la causalidad no siempre será parte de la conducta.

La teoría de la conducta finalista conlleva que la causalidad aparezca como:

- Elemento de la conducta: Cuando las acciones u omisiones, que produzcan efectos en la esfera sociocultural, el resultado pertenecerá a la conducta únicamente cuando esté integrado en la voluntad de realización del sujeto. Así ocurre con los delitos dolosos.
- Requisito del tipo de lo injusto: En los delitos imprudentes, por el contrario, al no estar el resultado abarcado por la finalidad, este es consecuencia causal de la conducta.

3. LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD

El objetivo de la promulgación de las diversas teorías radica en establecer un sistema válido que permita determinar la responsabilidad penal.

3.1. LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES Y LA FÓRMULA DE LA *CONDITIO SINE QUA NOM*

Teoría que explica de forma más convincente la causalidad, sirviendo de base con la que operar para comprobar la concurrencia de un concreto nexo causal.

3.1.1. El planteamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones

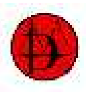
Teoría formulada por Glaser en el s. XIX, y desarrollada y difundida por Von Buri.

Concepto de causalidad ilimitado: Todo resultado es consecuencia de una multitud de condiciones siendo todas ellas, desde una perspectiva causal, equivalentes. Así, en la práctica, no cabe hacer distinción alguna entre causa y condición, ya que todos los fenómenos que contribuyen a la producción del resultado tienen la misma eficacia causal.

Las múltiples condiciones que intervienen en la producción de un resultado pueden tener muy distinta consideración dependiendo del punto de vista desde el que se las observe, pero si nos circunscribimos al de su eficacia causal, esta es la misma. Esta simplicidad constituye una base sólida sobre la que realizar las valoraciones del Derecho penal.

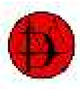
Esta teoría es seguida por el TS como criterio principal en la determinación de la existencia de relaciones de causalidad (SSTS 17/01/2001, 26/11/2008 o 27/05/2011).

3.1.2. La aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones: la fórmula de la *conditio sine qua nom*



La fórmula *conditio sine qua nom* permite aplicar al caso concreto los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

- **Contenido.**
  - Es causa todo fenómeno del que no cabe hacer abstracción mental sin que deje de producirse el resultado en sus concretas circunstancias.
- **Método de aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua nom*.**
  - Tener en cuenta la conducta y el resultado concretos, tal y como se produjeron, con todas sus circunstancias.
  - Principal limitación:
    - En el marco de las relaciones físico naturales, para verificar la existencia del nexo causal hemos de conocer la ley causal general que rige al caso concreto. Esto plantea problemas importantes en supuestos en los que no se ha podido demostrar qué proceso se encuentra tras la producción de un determinado resultado.
      - Respuesta: Relativización del requisito de la ley causal general: el TS considera suficiente una versión atenuada, meramente probabilística de los nexos causales. Consecuencias: Introducción de elemento valorativo y cierta inseguridad.
    - En los supuestos de causalidad en el ámbito sociocultural, frecuentemente tendremos que desentrañar las correlaciones causales que rigen en cada caso concreto basándonos en patrones causales generales, que no cuentan con la misma precisión. Ello viene dado por la propia estructura del sustrato que sirve de base a tales procesos, imbuido de concepciones socioculturales y de su reflejo en la esfera individual.
- **Casos límite.** Algunos de los problemas interpretativos que plantean son:
  - **Supuestos de causalidad acumulativa.** Concurren dos condiciones que por sí solas son suficientes para provocar el resultado. Haciendo abstracción de ambas alternativamente, el resultado sigue produciéndose.
    - Solución: Hacer abstracción simultánea, y en caso de que por separado el resultado no desaparezca, pero sí lo haga de modo simultáneo, ambos fenómenos son causa del resultado.
  - **Supuestos de interrupción del curso causal.** Iniciado un proceso causal, otro independiente irrumpe en el escenario, de tal forma que el resultado se produce pero como consecuencia directa del curso causal sobrevenido.
    - Solución: En el proceso de comprobación de la existencia de un nexo causal se ha de tener en cuenta tanto el resultado como la conducta en sus concretas circunstancias. Concluyendo que la solución aplicable es la prevista en el apartado anterior.
  - **Supuestos de anudamiento del curso causal.** Aquellos en los que una circunstancia de la víctima o la intervención de un tercero precipitan la producción del resultado.
    - Solución: La circunstancia sobrevenida, lejos de interrumpir el curso causal, lo anuda.
  - **Supuestos de acciones impeditivas.** Aquellos en los que un sujeto impide a otro evitar un determinado resultado.
    - Algunos autores cuestionan la existencia de una auténtica relación de causalidad.



- Solución: La conducta supone el mantenimiento activo de las circunstancias que hacen posible la producción del resultado por lo que es causa del mismo; su eliminación mental trae consigo automáticamente la introducción de un curso causal que habría evitado el resultado y que se está impidiendo activamente.

3.2. LOS INTENTOS FALLIDOS POR SUPERAR LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES: LAS TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS Y LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

El concepto de causalidad es un concepto ilimitado: los acontecimientos se suceden en el tiempo y en el espacio sin que sea posible establecer diferencias valorativas desde la perspectiva causal.

La desmesurada importancia que se le concedió al pensamiento causal en el proceso de atribución de responsabilidades, unido al mantenimiento de una concepción exclusivamente objetiva de lo injusto que llevaba consigo la consideración de los tipos como mera causación de resultados, planteaba serios problemas para acotar el campo de la responsabilidad y darle un significado sistemático coherente a los distintos elementos del delito. Así surgen diversas teorías, que confundían los límites entre los distintos elementos del delito:

- Las teorías individualizadoras.
- Las teorías de la causalidad adecuada.
  - Teoría subjetiva de la causalidad adecuada.
  - Teoría objetiva de la causalidad adecuada.
  - Teoría objetivo-subjetiva de la causalidad adecuada.

3.2.1. Las teorías individualizadoras

Se centran en la superación de la falta de límites del concepto causal de acción basándose en la distinción en sede causal entre causa y condición:

- Condición: Es el factor del que depende la aparición del resultado.
- Causa: Es el factor del que depende su cualidad. Ésta realiza el tipo y podrá dar lugar a responsabilidad penal.

Principales problemas:

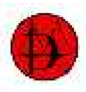
- Resultó impracticable.
- Dependencia de las pretensiones del intérprete, que conllevaba un inaceptable nivel de inseguridad.

3.2.2. Las teorías de la causalidad adecuada

Se centran en reconducir el ámbito de aplicación de los delitos calificados por el resultado tratando de acotar el campo de aplicación de una categoría de delitos que resulta especialmente polémica por la posibilidad de que la producción fortuita de un resultado pueda suponer una agravación de la pena.

Principal problema:

- Se intentaba dar respuesta a un problema de tipificación en sede de causalidad.



Sucesivamente su formularon tres teorías basadas en la idea de que para establecer una relación de causalidad es preciso que el resultado sea previsible *ex ante*, es decir, sea consecuencia del peligro inherente a la conducta. Éstas se diferenciaban en los elementos a tener en cuenta en el juicio de previsibilidad y en el grado de probabilidad que se exige a la producción del resultado. Estas teorías son las siguientes:

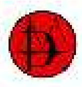
- **Teoría subjetiva de la causalidad adecuada.**
  - Formulada por Von Kries: Solo existe relación de causalidad entre una conducta y un resultado cuando este era previsible *ex ante* teniendo en cuenta todo el conocimiento experimental de la humanidad (saber nomológico) y las circunstancias del caso concreto que conocía o podía conocer el sujeto (saber ontológico).
  - Problemas:
    - Incluye en el concepto de causalidad valoraciones de la tipicidad, y parte de la culpabilidad.
- **Teoría objetiva de la causalidad adecuada.**
  - Para evitar los problemas anteriores en sede de culpabilidad, se eliminaban del análisis los componentes subjetivos.
  - Problemas:
    - Objetivación excesiva que producía que el juicio de previsibilidad *ex ante* se alejaba en demasía del caso concreto.
- **Teoría objetiva-subjetiva de la causalidad adecuada.**
  - Formulada por Von Hippel Y Traeger: En el análisis de la previsibilidad *ex ante* se combinan elementos objetivos y subjetivos. La conducta será causa objetiva del resultado cuando este era objetivamente previsible. En el juicio de previsibilidad objetiva se tendrán en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente y las conocidas por el autor (saber ontológico), y la experiencia común de la época sobre los nexos causales (saber nomológico).
  - Problema:
    - Se adelantan juicios propios del análisis de la tipicidad.

El rechazo de las teorías de la causalidad adecuada se centra en el error sistemático de integrar sus pretensiones en sede de causalidad. No se puede aceptar que la existencia de una relación de causalidad entre una conducta y un resultado depende de si este era o no previsible. La causalidad se perfila como un elemento previo a toda valoración sobre el que, una vez comprobada su existencia, llevar a cabo las valoraciones oportunas.

4. RECAPITULACIÓN: LA CAUSALIDAD JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE Y LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA (REMISIÓN A LECCIÓN 9)

La visión de la causalidad falta de límites que plantea la teoría de la equivalencia de las condiciones no es incorrecta para el Derecho penal porque los ámbitos de la causalidad y de la responsabilidad no se solapan.

Una vez determinada la existencia de un nexo causal, queda establecer si dicha causalidad es jurídico-penalmente relevante. Que lo será, únicamente, cuando esté comprendida en uno de los tipos de lo injusto.



Los intentos fallidos de las teorías de la causalidad adecuada aportaron criterios que se deben aplicar en su correcto lugar sistemático, anticipando lo que sería la **teoría de la imputación objetiva**, cuyo objeto es verificar la relevancia o irrelevancia penal de un concreto nexo causal.



LECCIÓN 8

LA TIPICIDAD COMO CATEGORÍA DEL DELITO

1. LA TIPICIDAD

La tipicidad es la categoría o elemento del concepto analítico del delito que se refiere a la cualidad de un comportamiento de hallarse comprendido en la descripción de lo injusto que hace una figura delictiva. Será típica la conducta que pueda subsumirse en una figura delictiva, es decir, aquella que cumpla con todos los requisitos mediante los que esa figura delictiva define lo injusto específico de ese delito.

Figura delictiva y tipo de lo injusto no son conceptos equivalentes:

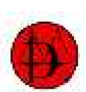
- La figura delictiva puede incluir otros elementos para describir un delito, además de aquellos que constituyen el tipo.
- El tipo de lo injusto se refiere únicamente a la parte de la figura delictiva que describe lo contrario a derecho (lo prohibido más el resultado en los delitos de resultado).

La tipicidad se relaciona con el principio de legalidad: solo un hecho tipificado en la ley penal con antelación a su comisión puede ser castigado como delito. Por lo que tiene por misión primera, informar y seleccionar sobre las conductas prohibidas.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA DE LA TIPICIDAD Y DE SU RELACIÓN CON LA ANTIJURIDICIDAD

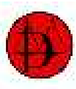
El concepto de tipicidad fue desarrollado por Beling en el s. XX, y ha ido evolucionando desde entonces, fundamentalmente en dos aspectos:

- Al principio se creía que lo injusto estaba conformado solo por elementos objetivos o externos, llevando a la categoría de la culpabilidad los elementos subjetivos. Actualmente, se sigue otra doctrina (remisión a lección 9).
- Respecto a su relación con la antijuridicidad:
    - Para Beling:
        - El tipo era una descripción que no incorporaba valoraciones sobre el comportamiento, siendo una mera adecuación de un hecho a la descripción contenida en un tipo delictivo.
        - La antijuridicidad señala la contradicción entre ese hecho y el ordenamiento jurídico.
    - Posteriormente, otros autores defendieron que la tipicidad era indicio y fundamento de la antijuridicidad. Es decir, incorpora una valoración del hecho como injusto.
    - Postura extrema: **la teoría de los elementos negativos**. Fusiona las concepciones anteriores.
        - El tipo estaría formado por sus elementos positivos (fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva) y sus elementos negativos (fundamentan a cada una de las causas de justificación, por lo que no deben existir para afirmar del tipo).
        - Consecuencias:



- La concurrencia de una causa de justificación conlleva que la conducta fuera atípica, al faltarle elementos negativos del tipo.
- Al entenderse los elementos objetivos de las causas de justificación como elementos negativos (deben no concurrir) del tipo, significa que el dolo (conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo) debe comprenderlos. Esto conlleva que quien actúa pensando erróneamente que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación actúa sin dolo.

- A favor de la teoría se defiende que no hay diferencias materiales entre elementos positivos y negativos, siendo su separación una técnica legislativa.
- En contra de la teoría:
  - La diferencia esencial entre elementos positivos y los elementos negativos del tipo. Demostrada por el hecho de que mientras la falta de uno solo de los positivos excluye la tipicidad, en cambio, es necesaria la ausencia de todos los que conforman una causa de justificación, y no basta la de uno solo de ellos, lo que demuestra que existe un tipo autónomo de la causa de justificación que responde a un precepto distinto al que subyace al tipo, un precepto en este caso permisivo.
  - La diferencia entre los elementos positivos y negativos se refleja en el dolo. Para los positivos se exige la conciencia y voluntad actuales de su concurrencia; para los negativos basta con que el sujeto no crea que concurren los presupuestos que sirve de base a la causa de justificación y no hace falta que sepa y quiera que no concurran.
  - El contenido de injusto de la conducta de quien actúa en un error de tipo no es equivalente al del comportamiento de quien actúa en un error sobre los elementos de una causa de justificación, por lo que no parece correcto dar a ambos el mismo tratamiento. En el segundo caso, la conciencia y voluntad de la realización de los elementos que fundamentan lo injusto de una conducta delictiva debe servir de estímulo para cerciorarse de la concurrencia real de las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación.
  - Da lugar a lagunas de punibilidad en los CP en los que rige el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes (no se castigan todos los delitos imprudentes paralelos a los dolosos, sino solo una selección de los más graves). Cuando no se ha tipificado el correspondiente delito imprudente, el entender que la creencia errónea de que concurren los elementos de una causa de justificación excluye el dolo nos llevaría a la impunidad de la conducta, por no poder castigarse como delito imprudente, aun cuando ese error fuera fácilmente vencible. Y no se puede contra-argumentar que las mismas razones por las que no se castiga la imprudencia proveniente de un error de tipo positivo se pueden aplicar aquí a no castigar los supuestos de error sobre los elementos negativos del tipo, pues el contenido de injusto de una y otra situación no es lo mismo.



3. CONCEPTO DE TIPO SEGUIDO EN ESTA OBRA

La tipicidad y la antijuridicidad son categorías diferentes.

- Al tipo de lo injusto pertenecen las circunstancias o elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva. Estos elementos generalmente se encuentran en los artículos de la Parte especial del CP o de una ley penal especial.
- En la antijuridicidad se expresará un juicio sobre lo injusto genérico, es decir, sobre la contradicción de ese comportamiento que el tipo ya ha seleccionado como injusto con el conjunto del ordenamiento jurídico, pudiendo quedar neutralizado ese injusto específico por la concurrencia de una causa de justificación. Esto hará que la conducta pase a considerarse lícita por compensarse su desvalor que aquella represente, sin que por ello deje de ser típico.

El tipo tampoco es equivalente a lo prohibido, ya que no se puede prohibir el resultado en sí, y solo se pueden prohibir las conductas dirigidas a un determinado resultado o que supongan el riesgo de producir un resultado. Aunque nuestro CP considera el resultado para graduar lo injusto y establecer una pena acorde con su medida. Concluyendo que forma parte del tipo de lo injusto tanto lo prohibido como el resultado en los delitos de resultado.

No pertenecen al tipo del injusto las condiciones objetivas de punibilidad ni las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas de los arts. 21, 22 y 23 CP; ni las semigenéricas reguladas en la parte especial del CP. No obstante, sí pertenecen al tipo aquellas que el legislador ha elegido para formar un tipo agravado privilegiado de la parte especial.

4. LA EXCLUSIÓN DEL TIPO

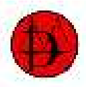
La inexistencia en la conducta de alguno de los caracteres o elementos, objetivos o subjetivos integrantes de un tipo penal hará que esa conducta ya no sea típica. Además, existen otros criterios para excluir la tipicidad de conductas que en principio parecen formalmente típicas:

- Los criterios de la adecuación social y el riesgo permitido.
- El criterio de la insignificancia.
- La interpretación teleológica-restrictiva del tipo.

4.1. LOS CRITERIOS DE LA ADECUACIÓN SOCIAL Y EL RIESGO PERMITIDO

Welzel: los tipos eran la resultante de una ponderación de intereses tras la que subyace una concepción de los bienes jurídicos como un sistema dinámico y funcional y la aceptación de que en la actualidad se realizan acciones que pueden implicar un riesgo o lesión de los mismos, por lo que deben ser comprendidos y protegidos. Por ello creó el criterio de la adecuación social, por el que excluye del tipo a las conductas que, aunque parezcan formalmente incluidas en él, se mantienen dentro del orden social histórico normal de la comunidad.

Algunos autores lo critican por ser impreciso, afectando a la seguridad jurídica, o por ser innecesario al poder excluirse de la ilicitud de esas conductas la mayoría de las veces: bien mediante la apreciación de causas de justificación, bien por una simple interpretación teleológica-restrictiva del tipo en cuestión.



Esta obra considera el criterio de la adecuación social útil y necesario, si se hacen precisiones como criterio material para la realización de la interpretación teleológica del tipo:

- El riesgo permitido y la adecuación social son formas de limitar el tipo que responden a una ponderación de intereses conforme a valoraciones sociales asumidas por el ordenamiento.
    - La adecuación social solo se aplica a los delitos dolosos, porque implica que la acción dirigida por la voluntad a la lesión del bien jurídico ya no se encuentra desvalorada:
        - Porque se entiende que esa misma afección del bien jurídico tampoco lo está por tratarse de una forma aceptada de consumo del mismo.
        - Porque se entiende que la forma en que pudiera afectar al bien jurídico esa conducta no supone la lesión contra la que se lo quiere proteger.
    - El riesgo permitido se aplica a los delitos imprudentes. Determinadas conductas peligrosas se consideran permitidas porque son útiles a la sociedad, son necesarias en nuestra vida moderna, y por ello son atípicas. Un resultado de dicha conductas se considerará fruto del caso fortuito, por no ser imputable a una conducta típica, así la lesión del bien jurídico será fruto de un riesgo que debemos asumir para poder utilizar los bienes jurídicos.

      El Derecho no puede desvalorar resultados que no provienen de una conducta a su vez desvalorada, es decir, no hay desvalor de resultado que no provenga de un previo desvalor de acción. Así, el binomio de caras contrapuestas, riesgo permitido – infracción del cuidado objetivamente debido, serán criterios para definir la conducta típica (la conducta imprudente) en los casos de delitos imprudentes.
- Solo podemos llamar adecuación social o riesgo permitido a las valoraciones resultantes de una ponderación de intereses asumida por el ordenamiento jurídico.
- No debemos confundir casos de adecuación social con supuestos de acciones típicas justificadas.
    - Los únicos casos de adecuación social y riesgo permitido serían aquellos en los que la conducta formalmente típica es por sí misma valorada; y en el caso de la adecuación social también esa afección que pasa a considerarse un consumo adecuado del bien jurídico.
    - Casos de justificación; cuando tenemos que añadir a la conducta típica la persecución de un fin que está más allá del fragmento que resulta ya de por sí formalmente típico para poder considerarla valiosa. Pasando la conducta típica a considerarse lícita porque forma parte de una conducta mayor cuya finalidad valiosa compensa el desvalor del fragmento típico.

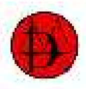
4.2. EL CRITERIO DE LA INSIGNIFICANCIA

El criterio de la insignificancia excluiría del tipo las lesiones de bienes jurídicos insignificantes: casos de bagatela.

La definición de insignificante crea inseguridad jurídica por ser imprecisa, pudiendo llegar a contradecir la propia regulación penal, que castiga como delitos leves en ocasiones tal clase de conductas.

4.3. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA-RESTRICTIVA DEL TIPO

Pretensión de autores que han intentado sustituir la idea de la adecuación social por la interpretación teleológica-restrictiva del delito, por la que, no toda conducta formalmente subsumible en el tipo resultaría típica, sino que habría que hacer una interpretación restrictiva del tipo en atención a qué se quiere proteger



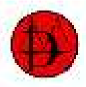
y qué se quiere castigar, lo que nos dejaría fuera del tipo todas aquellas conductas que afectan a un bien jurídico de manera distinta a aquella que se quiere evitar con la norma penal.

En esta obra se considera que es la vía de solución correcta, pero no por ello incompatible con la aceptación de la adecuación social y el riesgo permitido como criterios materiales para la interpretación teleológica, que surgen de las ponderaciones de intereses entre la protección de bienes jurídicos y la necesidad de su utilización y consumo en la vida diaria, fundamentadas en las valoraciones sociales asumidas por el ordenamiento jurídico.

5. LA ESTRUCTURA Y CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

Atendiendo a los elementos que integran los tipos y su estructura, éstos se clasifican:

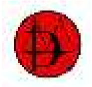
- Atendiendo a la **clase de comportamiento** típico en:
  - **Delitos dolosos**.
  - **Delitos imprudentes**.
- Atendiendo a la **forma de comportamiento** en:
  - **Delitos de acción**: en los que se castiga la realización de una acción, y a los que subyace una prohibición de actuar.
  - **Delitos de omisión**: en los que se castiga una omisión, y a los que subyace un mandato de actuar.
- Atendiendo al **sujeto activo** en:
  - **Delitos comunes**: pueden ser realizados por cualquiera.
  - **Delitos especiales**: solo pueden ser realizados por sujetos que reúnan ciertos requisitos descritos en el tipo. A su vez se distinguen en:
    - **Delitos especiales propios**: no tienen una figura común paralela.
    - **Delitos especiales impropios**: tienen una figura común paralela que puede realizar cualquiera, conllevando una responsabilidad penal agravada para el personal que reúna los requisitos tipificados.
  - **Delitos de propia mano**: pueden ser cometidos por cualquiera, pero es necesario que el autor realice por sí mismo los actos típico, no pudiendo realizarse el delito a través de un tercero a quien se maneja como instrumento, y en general también se suele negar que la acción equivalga a la omisión a efectos de la comisión por omisión.
- Atendiendo a la **exigencia o no de un determinado resultado típico** en:
  - **Delitos de mera actividad**: se castiga la mera realización de una conducta sin exigir que de ella derive algún resultado.
  - **Delitos de resultado**: el tipo exige la realización de un resultado conceptualmente separable de la acción que lo produce. Dentro de los posibles resultados típicos podemos distinguir:
    - **Delitos de resultado material**: Se exige la alteración material de un objeto.
    - **Delitos de resultado de peligro concreto**: Se exige una situación de peligro para un objeto.
    - **Delitos calificados por el resultado**: Exigen por un lado que la conducta básica constituya delito, y por otro que la misma haya producido otro resultado más grave, fundamentando un aumento de la pena.



- Atendiendo a **la consumación del delito y sus efectos** en:
  - **Delitos instantáneos**: La realización del tipo se agota con su consumación que se produce en un instante, aunque produzca efectos que perduren en el tiempo.
  - **Delitos permanentes**: La consumación del delito crea aquí una situación antijurídica que el autor puede mantener en el tiempo hasta que decida su cese. En estos casos, los plazos de prescripción comienzan a computarse desde que cesa la situación antijurídica.
- Atendiendo a la **congruencia de las partes objetiva y subjetiva del tipo** en:
  - **Tipos congruentes**: La parte subjetiva abarca toda la parte objetiva del tipo y coincide con ella.
  - **Tipos incongruentes**: La parte subjetiva del tipo excede a la parte objetiva, es decir, lo querido por el sujeto va más allá de lo que efectivamente tiene que realizar para la consumación formal del delito. Se dan dos modalidades:
    - **Delitos de resultado cortado**: La parte subjetiva del tipo incluye la voluntad dirigida a la producción de un resultado pero la parte objetiva no exige ese resultado para que el tipo se consume formalmente, la efectiva producción del resultado querido queda fuera del tipo objetivo.
    - **Delitos mutilados de varios actos**: La parte objetiva del tipo exige solo la realización de una determinada conducta, pero la parte subjetiva debe incluir la voluntad de realizar otra u otras a continuación, que llevarán a lesión del bien jurídico.
- Atendiendo a la **construcción de los tipos** en:
  - **Tipos simples**: El tipo comprende una conducta.
  - **Tipos compuestos**: El tipo describe varias conductas que deben ser realizadas por el sujeto para cometer ese delito.
  - **Tipos complejos**: Variante del tipo compuesto que se caracteriza por el dato de que cada una de las conductas que se integran en el nuevo tipo constituyen ya por separado un tipo distinto.
  - **Tipos mixtos**: El tipo ofrece diversas posibilidades o alternativas de comisión. A su vez se dividen en:
    - **Tipos mixtos alternativos**: Agrupación de comportamientos en un solo tipo de manera que quien realice uno u otro, o bien varios de ellos, realiza solo una vez el tipo en cuestión, pues todas esas modalidades responden al mismo motivo de incriminación.
    - **Tipos mixtos acumulativos**: Se unen en la misma figura delictiva varias modalidades de ataque al bien jurídico distintas, y la realización de varias de ellas debe dar lugar a la apreciación de varios delitos.
    - **Tipos mixtos de proposiciones excluyentes**: Se juntan en un solo tipo dos conductas que corresponden a dos formas de cometer el delito excluyentes entre sí, de manera que quien realiza una no puede realizar la contraria en la misma ejecución del delito.

6. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL RESULTADO TÍPICO, EL RESULTADO VALORATIVO Y LAS CUALIDADES DE LA ACCIÓN: LOS CONCEPTOS DE RESULTADO, LESIÓN, PELIGRO ABSTRACTO Y PELIGRO CONCRETO

Cuando hablamos de resultado se puede hacer en dos sentidos distintos:



- **Resultado típico**, como efecto de la acción descrito en el tipo, que recae sobre un objeto.
- **Resultado valorativo**, como efecto sobre el bien jurídico.

Cuando hablamos de peligro concreto, también se puede hacer en dos sentidos distintos:

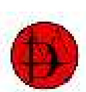
- Refiriéndose a una situación sobre el objeto de la acción descrita en el tipo.
- Refiriéndose a un efecto sobre el bien jurídico.

Conclusiones:

- Que la descripción típica incluya un resultado material no implica necesariamente que el delito en cuestión es de lesión del bien jurídico.
- Que el tipo exija un resultado de peligro concreto no significa automáticamente que estemos ante un delito de peligro para el bien jurídico, pues el resultado típico puede recaer sobre un objeto (objeto de la acción) que no coincida con el objeto del bien jurídico.
- No todo bien jurídico tiene un sustrato material que se pueda identificar con el objeto de la acción. Por ello hay delitos de lesión que no exigen ningún resultado típico, sino que se lesionan con meras conductas.
- También hay delitos que carecen de desvalor del resultado, por ejemplo, delitos de peligro abstracto.
- **Peligro concreto**: situación en la que un objeto entra en el ámbito de acción de una conducta peligrosa y en ese momento su lesión aparece como inminente, aunque por fortuna finalmente la misma haya podido evitarse. Si esa situación de peligro concreto es exigida expresamente en el tipo el peligro concreto será un elemento típico, si además ese objeto puesto en peligro concreto representa al bien jurídico será un delito de resultado valorativo de peligro para el bien jurídico.
- **Peligro abstracto**: una conducta está prohibida en el ordenamiento jurídico porque generalmente es peligrosa para los bienes jurídicos. La peligrosidad de esa conducta suele ser solo la *ratio legis*, y además es una peligrosidad que el legislador presume, pero rara vez pasa a ser definida en el tipo, y por lo tanto, no pasa a ser un requisito típico cuya concurrencia deba probar el juez para afirmar la realización del tipo.
- Una conducta es peligrosa si *ex ante,* aparece como no absolutamente improbable que de la misma se derive la producción de una lesión de un bien jurídico. Es decir, aquella que presenta una cierta probabilidad de producir un resultado lesivo en un juicio de previsibilidad objetiva. Cuando el legislador prohíbe una conducta por ser peligrosa y exige en el propio tipo esa peligrosidad, la misma se convierte una exigencia típica que el juez tendrá que comprobar para afirmar la realización del tipo. En estos casos nos encontramos ante una derivación de los delitos de peligro abstracto: delitos de peligro abstracto-concreto o de aptitud para producir un daño.
- La peligrosidad, aun cuando se convierta también en elemento del tipo, no es un resultado, sino una cualidad de la conducta, y por tanto se ubica valorativamente en el desvalor de la acción.

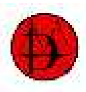
Los juicios de peligro que determinan la peligrosidad de la conducta y el peligro concreto son dos juicios de previsibilidad en momentos diferentes:

- **Juicio de previsibilidad objetiva**: para determinar la peligrosidad de una conducta realizado *ex ante* por una persona inteligente (autor) en el momento del comienzo de la acción, teniendo en cuenta todas las circunstancias cognoscibles por una persona inteligente y por el autor (saber ontológico), y



la experiencia común a la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la realización del tipo aparece como no absolutamente improbable la acción es peligrosa.

- **Juicio de peligro concreto**: juicio *ex ante* resultado realizado antes de que se produzca el resultado de lesión o se constate la frustración, pero *ex post* acción, después del juicio de peligrosidad de la misma.



LECCIÓN 9

EL DELITO COMO CONDUCTA TÍPICA (I): EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO

1. LAS DISTINTAS FORMAS DE CONSTRUIR EL TIPO DEL DELITO DE ACCIÓN EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Doctrina causalista: el tipo de lo injusto se encuentra limitado a los elementos objetivos, llevando el dolo (elemento subjetivo) a la culpabilidad.

- El tipo se encuentra conformado por la acción, el resultado y la relación de causalidad.
- Principal insuficiencia: tener que esperar al análisis de la culpabilidad para descartar el carácter delictivo de una acción, que simplemente había sido la causa de un resultado no producido de forma dolosa, ni imprudente.
- Nuevas teorías limitando las conductas típicas:
    - Teoría de la causalidad adecuada.
    - El juicio de previsibilidad objetiva.

Doctrina finalista: el tipo se constituía de elementos objetivos y subjetivos, entre estos últimos el dolo, solucionando muchos de los problemas anteriores.

Nuevas sistemáticas: asumen la **teoría de la imputación objetiva**, suponiendo la normativización del contenido del tipo objetivo, que deja de ser la mera descripción valorativamente neutra de un suceso físico-causal. Y respecto al tipo subjetivo también se produce el enriquecimiento subjetivo (en delitos dolosos) impuesto por el finalismo.

- **Teoría de la imputación objetiva**: la mera causación efectiva de un resultado de muerte no es lo que identificaría a una conducta como la acción típica de matar en su aspecto objetivo, sino que más allá de esa constatación es preciso averiguar cuándo esa muerte ha sido causada por una acción de matar en el sentido de la ley.
- Esta teoría comparten con el sistema clásico y neoclásico el error de construir el tipo objetivo sin tener en cuenta la necesaria relación entre el tipo y la norma de determinación:
    - Porque se empieza a construir el tipo objetivo desde el resultado, llevándolo a un problema de imputación del resultado prescindiendo de la identificación de la prohibición y de la acción contraria a la misma.
    - Porque aun reconociendo la relevancia de la acción típica como primer elemento del tipo, tras cuya constatación deberá todavía examinarse la imputación del resultado
- La identificación de la conducta típica es un procedimiento de interpretación de los tipos penales que significa la conexión entre el texto de la ley y la realidad social. Metodología que, según el entender de los autores del manual, cuestiona la posibilidad de concebir el Derecho penal como un instrumento de protección de bienes jurídicos mediante la prevención.
- Pretenden establecer un tipo objetivo idéntico para los delitos dolosos y los imprudentes, ya que en su opinión en el tipo objetivo se imputa normativamente si una conducta adquiere objetivamente el significado delictivo de matar, lesionar, amenazar o participar de un delito, partiendo de la idea de creación de un riesgo. Lo que es un riesgo se define igual en el delito doloso que en el imprudente y



las razones para no imputar el riesgo a una persona en el tipo objetivo son las mismas en el delito doloso y en el delito imprudente.

En esta obra, se defiende una postura lejana a la descrita, por la que a los delitos dolosos y a los imprudentes subyacen normas diferentes.

- Bajo el tipo doloso, se encuentra la prohibición de dirigir un curso causal hacia la producción de un resultado lesivo de un bien jurídico.
- Bajo el tipo imprudente, se encuentra la prohibición de realizar una conducta que el ordenamiento jurídico considera descuidada por entrañar un riesgo no permitido de lesionar un bien jurídico.
- Las conductas prohibidas en uno y otro supuestos son diferentes y por ello, los tipos del delito doloso y del delito imprudente son distintos.

También se admite la existencia de límites normativos que restringen los tipos, que se diferencian fundamentalmente de la teoría de la imputación objetiva en que no se fundamentan exclusivamente en una valoración de la conducta, sino que la introducción de esos límites normativos solo debe servir para acotar la materia de la prohibición.

La teoría de la imputación objetiva al convertir el tipo objetivo en una valoración de la conducta, añadiendo solo para la comprobación de la realización de la acción típica determinados límites normativos, ha desconocido la relación entre el tipo objetivo y la norma de determinación. Con ello, no llegan a explicar satisfactoriamente la pertenencia del dolo a lo injusto, que también admiten explicándola a costa de transformar el tipo subjetivo en la exigencia de defraudación-evitabilidad individual, y llegan finalmente a un tipo objetivo disociado de la norma de determinación y al incomprensible divorcio del tipo objetivo y el tipo subjetivo.

2. LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE ACCIÓN DOLOSO

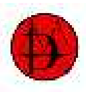
El primer elemento del tipo del delito de acción doloso es la acción, en su concepto finalista: pertenecen a la acción todos y sólo aquellos efectos que están comprendidos en la voluntad de realización del sujeto.

El legislador define la **conducta típica** a través de un proceso de abstracción utilizando elementos descriptivos y normativos; pero a veces, incorpora a la descripción típica algunos elementos más que se consideran relevantes, de forma tal, que si no se cumple alguna de éstas, no se realizará ese tipo en cuestión. *Ejemplo: art. 183.1 CP, castiga al que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años*.

- Ciertas especificaciones del sujeto activo dan lugar a la configuración de delitos especiales, siendo de especial relevancia en el ámbito de la autoría y participación, especialmente en relación con la responsabilidad del partícipe que no tiene las características exigidas en el tipo.

El tipo doloso puede describir:

- Únicamente la realización de una acción: delito de mera actividad.
- La realización de una acción que produce un determinado resultado: delito de acción doloso de resultado. Para afirmar que este tipo del delito se ha realizado, es necesario que concurran los siguientes elementos:



- El actuar del sujeto.
- El resultado.
- La relación de causalidad.
- Dos condiciones:
  - Que la conducta no se considere socialmente adecuada.
  - Que se den los criterios de imputación objetiva de la conducta y de imputación objetiva del resultado.

3. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

La teoría de la imputación objetiva distingue entre:

- **Criterios de imputación objetiva de la conducta**, cuya ausencia hará que la conducta no sea típica, y que por lo tanto no se pueda castigar al sujeto ni siquiera por tentativa.
- **Criterios de imputación objetiva del resultado**. Cuya existencia se debe comprobar constatando previamente la existencia de la acción típica, tras lo cual, se examina si se dan los criterios para decidir que el resultado producido causalmente por esa conducta típica es precisamente el resultado típico. Si no concurriera éste, conllevará que no pueda castigarse por ese resultado (no concurre el tipo del delito consumado), lo que, sin embargo, no impide el castigo por tentativa.

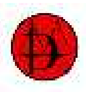
3.1. IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA CONDUCTA: LA PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA O PREVISIBILIDAD OBJETIVA DE LA REALIZACIÓN DEL TIPO

Según la teoría de la equivalencia, no es suficiente que una conducta cause un resultado para que sea típica, sino que ésta debe ser también peligrosa.

La peligrosidad de la acción coincide con el juicio de previsibilidad objetiva (juicio realizado *ex ante* por una persona inteligente colocada en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente y las conocidas por el autor, saber ontológico, y la experiencia común de la época sobre los cursos causales, saber nomológico). Así, la conducta es peligrosa si la realización del tipo aparece como no absolutamente improbable.

Los problemas que plantea este criterio de imputación objetiva son:

- Determinar qué grado de probabilidad de producción del resultado es exigible para afirmar esa peligrosidad que la convierte en conducta típica.
  - Si se elige el resultado como meramente posible, se excluirían únicamente los casos de imposibilidad *ex ante* de la producción del resultado delictivo por razones ontológicas.
  - Si se elige el resultado como probable, sería excesivo el número de conductas que podrían resultar impunes.
- Al problema anterior se le da solución en el sentido propuesto por Engisch para la teoría de la causalidad adecuada: la producción del resultado debe aparecer *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción.



  - Muy cuestionado, desde el finalismo, porque su inclusión en el tipo puede dejar sin castigo a conductas dirigidas a la lesión del bien jurídico, nomológicamente capaces de causar el resultado, pero no peligrosas por no alcanzar el grado de probabilidad exigido.
  - No obstante, el legislador español parece haberlo recogido en el art. 16.1 CP: *"Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los* ***actos que objetivamente debería producir el resultado****, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor".* Así, para que una conducta integre el tipo de la tentativa según el CP, la misma tiene que ser peligrosa.
- La interpretación anterior conlleva que ya no se prohíben en las normas que subyacen a los tipos penales de los delitos de acción dolosos todas las acciones dirigidas por la voluntad a la producción del resultado típico, sino sólo aquellas de las que, además, *ex ante* se prevea la causación del mismo como una consecuencia no absolutamente improbable.

3.2. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO: LA PERTENENCIA AL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

Para poder castigar como delito consumado, y en particular, para poder afirmar que el resultado producido por la acción típica es precisamente el resultado típico, es necesario comprobar que ese resultado es justamente el que trataba de evitar la norma infringida.

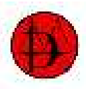
Lo anterior no sucede cuando, por ejemplo, el resultado se ha producido causalmente, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero a través de una anudación de distintos cursos causales o interacción de diferentes factores para cuya evitación no fue diseñada la norma infringida.

3.3. OTROS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA MANEJADOS POR LA DOCTRINA DE ESPECIAL RELEVANCIA EN EL DELITO DOLOSO

Intentan diseñar el tipo objetivo como una suma de criterios de imputación objetiva del resultado, o bien, diseñan diversos criterios de imputación de la conducta a los que luego añaden otros de imputación del resultado, para constatar si una conducta adquiere objetivamente el significado delictivo de matar, lesionar, amenazar… que la convertiría en conducta típica.

En este Curso no se comparten ni las premisas que llevan a este tipo de construcciones, ni tampoco las soluciones concretas que se dan a muchos ejemplos. Ya que la mayoría de estos ejemplos son solucionables sin necesidad de tales criterios, bastando el criterio del ámbito de protección de la norma. Y en otros tantos, la solución a los ejemplos no es negar la tipicidad sino solo la antijuricidad apreciando una causa de justificación.

- El **criterio de la disminución del riesgo**.
  - No debe imputarse un resultado cuando éste ha supuesto la concreción de un riesgo menor que el que amenazaba al bien jurídico antes de la realización de la conducta.
  - En estos supuestos no se aprecia motivo alguno para excluir la tipicidad de la conducta, sino que deben ser solucionados mediante la apreciación de una causa de justificación.
- El **criterio de la no observancia del cuidado objetivamente debido o del riesgo permitido**.
  - No debe imputarse un resultado causado por una conducta que no infringe el cuidado objetivamente debido. Es decir, no debe imputarse un resultado cuando la conducta que lo ha causado se ha mantenido en el riesgo permitido.



- En los ejemplos que aquí caben, la doctrina finalista argumenta que faltaría el dolo, que no debe equipararse con un mero deseo de que algo ocurra. El dolo exige que el sujeto quiera el resultado como consecuencia de su propia acción y se atribuya alguna influencia en su producción. Se pretendía solucionar el problema negando únicamente el tipo subjetivo y no el objetivo.
- Los cursos causales no dominables por el sujeto no forman parte del tipo objetivo de los delitos de acción dolosos de resultado, dado que la norma que subyace a los mismos prohíbe dirigir un curso causal hacia el resultado. Esto conlleva también a aceptar que el tipo objetivo del delito doloso no incluye cualquier relación de causalidad posible, sino solo las definidas normativamente como suficientemente dominables por el sujeto (dolo).
- El criterio de la no observancia del cuidado objetivamente debido es un criterio fundamental para averiguar la acción típica en los delitos imprudentes (lección 11), pero disfuncional para los delitos dolosos.

- El **criterio de la causa sustitutoria**.
  - No debe imputarse un resultado cuando sin la intervención del sujeto ese resultado se hubiera producido igualmente por la conducta justificada de otra persona o por un acontecer natural.
  - Es opinión del equipo docente, que no procede dejar de imputar un resultado por el hecho de que la causación del mismo le estuviera permitida a otra persona diferente de la que actúa, ni tampoco por el hecho de que se fuera a producir un resultado de ese tipo de todas formas por causas naturales.



LECCIÓN 10

EL DELITO COMO ACCIÓN TÍPICA (II): EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO

1. INTRODUCCIÓN. LA EVOLUCIÓN DEL TIPO Y LA ACEPTACIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO

El punto de partida lo encontramos en la doctrina causal, en la que se pensaba que los elementos objetivos (externos) de la acción debían ser objeto del juicio de antijuridicidad; mientras que los elementos subjetivos de la acción se analizaban en sede de culpabilidad; porque:

- El juicio de antijuridicidad debía ser un juicio objetivo.
- La concepción causal de la acción, al prescindir del contenido de la voluntad en su definición, favorecería tal planteamiento.

Argumentos, que hoy no son correctos:

- El juicio de antijuridicidad, aunque sea un juicio objetivo realizado por el OJ, que evalúa la contradicción de un comportamiento y sus consecuencias con lo prescrito en las normas; no significa que el mismo deba realizarse solo sobre los aspectos objetivos de la conducta.
- Desde la aparición del concepto finalista de acción, se entiende la conducta humana como una unidad causal-final, es decir, suma indisoluble de los aspectos objetivos y subjetivos del actuar.

Así, en la doctrina neoclásica, desde principios del s. XX, se puso de manifiesto que era imposible conocer qué era lo injusto específico en algunas figuras delictivas si no se tenían en cuenta elementos subjetivos.

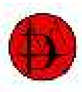
Tras esta constatación, la defensa de la pertenencia del dolo también al tipo de lo injusto se mantiene sobre cuatro argumentos fundamentales, algunos de los cuáles, también sirven para rechazar la moderna objetivización de los elementos subjetivos:

- La existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto.
- El castigo de la tentativa.
- La presencia en numerosos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas.
- La concepción de las normas como normas de determinación.

2. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO DIFERENTES AL DOLO

La **clasificación semántica** de los elementos subjetivos elaborada por la doctrina:

- **Delitos de intención**; en los que pertenece al tipo subjetivo un determinado fin perseguido por el autor.
- **Delitos de tendencia**; en los que se requiere que una determinada tendencia subjetiva anime el actuar del sujeto.



- **Delitos de expresión**; en los que pertenece al tipo la discordancia entre lo declarado por el sujeto y lo que sabe.

La clasificación funcional de los elementos subjetivos, es decir, según sea su función:

- Función de **adelantar las barreras de protección** anticipando el momento de la consumación.
  - Los elementos subjetivos definen la voluntad dirigida hacia la lesión del bien jurídico.
  - La lesión del bien jurídico queda fuera del tipo objetivo, no siendo necesario que se realice, por lo que se habla de **tipos de consumación anticipada**, es decir, la consumación se adelanta a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico.
  - En este grupo se encuentran los **delitos de resultado cortado y mutilados de varios actos**.
    - El resultado material o la mera actividad descritos en el tipo objetivo, que suponen la consumación formal del delito, constituyen en el plano valorativo un mero acto ejecutivo o preparatorio para la lesión del bien jurídico, que viene indicado por el elemento subjetivo trascendente.
    - Dichos elementos no pueden ser objetivados, pues se refieren a la finalidad del autor de conseguir el resultado fuera del tipo objetivo o a su voluntad de actuar en los delitos mutilados de varios actos.
- Función de **restringir el tipo** mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar.
  - Los elementos subjetivos no identifican por sí solos la lesión del bien jurídico, sino únicamente la concreta forma de lesión que se quiere castigar.
  - La lesión del bien jurídico podría producirse igualmente sin la concurrencia del elemento subjetivo. Pero no es esa la lesión que la ley quiere castigar, sino sólo la forma de lesión que el elemento subjetivo define.
  - Dichos elementos sí podrían ser objetivados si el legislador encontrara la manera de describir correctamente la conducta lesiva.

3. EL DOLO

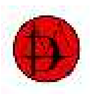
3.1. CONCEPTO DE DOLO

El CP no define el dolo como tal, aunque se admite la definición siguiente: El **dolo** es la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo.

3.2. LOS ARGUMENTOS PARA ENTENDER EL DOLO COMO ELEMENTO SUBJETIVO DE LO INJUSTO

La defensa de la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto es hoy mayoritariamente aceptada. Ésta descansa sobre los siguientes argumentos:

- La existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto que:
  - Rompen aquella pretendida correlación objetivo-antijuridicidad y subjetivo-culpabilidad.
  - En la mayoría de los casos, exigen para su propia constatación previamente la del dolo.
- El castigo de la tentativa, cuyo injusto no es comprensible sin tener en cuenta el elemento subjetivo: la voluntad del sujeto (dolo).
  - Clases de tentativa:

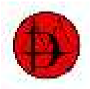


    - Tentativa inacabada: Cuando, iniciada la acción, el sujeto no ha finalizado la realización de su plan. Una misma acción, detenida en su momento inicial, constituirá o no tentativa de delito según la intención delictiva (dolo) o no delictiva del sujeto.
    - Tentativa acabada: Cuando, aun habiendo realizado la conducta plenamente, no se ha producido el resultado.
  - No podemos saber qué delito está cometiendo el sujeto si no tenemos en cuenta su dolo.
  - La descripción de tentativa incorpora siempre un elemento subjetivo, constituido por:
    - La voluntad del sujeto de seguir actuando (tentativa inacabada).
    - La voluntad de realizar con ello los elementos objetivos del tipo (entre ellos el resultado típico, en la tentativa acabada).
  - La voluntad del sujeto de realizar los elementos objetivos del tipo, además de incorporarlo el tipo de la tentativa, también lo hace el tipo del delito consumado; pues el mismo no cambia en nada la acción típica, sino que sólo añade a la tentativa la efectiva producción del resultado.
- La presencia en numerosos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas.
- La concepción de las normas como normas de determinación. El tipo de lo injusto tendría una función de motivación y solo así podría conocer el destinatario de la norma cuál es la conducta prohibida de la que debe abstenerse. Dicha afirmación requiere matizaciones:
  - Las normas de determinación son el instrumento idóneo para la protección del orden jurídico al ordenar o prohibir la realización u omisión de acciones que supongan el mantenimiento o la perturbación, respectivamente, de situaciones valiosas.
  - La misión del tipo de lo injusto es informar de lo prohibido. Así, la infracción de la norma se divide en dos partes que se asignan:
    - A lo injusto: la contradicción objetiva entre la conducta y lo prescrito en la norma.
    - A la culpabilidad: lo relativo a las condiciones personales para el cumplimiento de la norma.
  - Es imprescindible que, en el tipo de lo injusto, sea reconocible la conducta prohibida antes de comenzarla. Para ello, existen dos clases de normas que darán lugar a dos clases de tipos (dolosos e imprudentes) y que se corresponden con dos formas de identificación:
    - Las dirigidas por la voluntad hacia la lesión del bien jurídico: por lo que el contenido de la voluntad (dolo) se convierte en elemento que identifica la conducta prohibida.
    - Las que suponen un determinado riesgo *ex ante* que se considera no permitido, por lo que ese determinado riesgo no permitido observable *ex ante* identifica la conducta como no permitida en el momento en que se la da comienzo.
  - Los problemas de si el sujeto concreto pudo conocer la norma y motivarse por la misma quedan al margen para ser analizados en sede de la culpabilidad, pero el dolo queda incluido en el tipo, sin necesidad de admitir, por ello, elementos subjetivos en la imprudencia.

3.3. LOS ELEMENTOS DEL DOLO

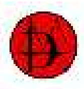
El dolo, al ser la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, está constituido por dos elementos:

- Elemento intelectual: la conciencia o conocimiento de los elementos objetivos del tipo.
- Elemento volitivo: la voluntad de realizar esos elementos.



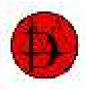
3.3.1. El elemento intelectual del dolo y su ausencia: el error de tipo

- **La conciencia de los elementos objetivos del tipo**. Consiste en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo que concurren, en el momento de comenzar la acción típica y la previsión de la realización del resto.
  - En los delitos de resultado, el dolo comprende la previsión de la producción del resultado típico y del curso causal entre la conducta y el resultado.
  - En los tipos agravados y en los atenuados, el dolo comprende los elementos objetivos de esas circunstancias agravantes o atenuantes siempre que afecten a la magnitud de lo injusto, ya que dichas circunstancias son elementos del tipo calificado o del tipo privilegiado.
    - Los tipos agravados, tienen incorporada una circunstancia agravante que conforma un tipo calificado.
    - Los tipos atenuantes, tiene incorporada una circunstancias atenuante que conforma un tipo privilegiado.
  - En los delitos especiales, el dolo debe extenderse también a las cualidades para ser sujeto activo, que también son elementos del tipo.
  - Para afirmar el dolo basta con que el sujeto conozca el elemento normativo en cuestión, desde la postura de una persona no experta en Derecho.
  - Según la doctrina desde la que se observe, causalista o finalista:
    - En la finalista: El dolo no exige conocer que la conducta típica que se está realizando es antijurídica, pues la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad ajeno al dolo. Sino que basta con tener conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo: **dolo del hecho** o **dolo natural**.
    - En la causalista: El dolo, como forma de culpabilidad, comprendía la conciencia de realizar los elementos del tipo y, también, el saber que aquello estaba prohibido: **dolo malo**.
- **El error sobre un elemento del tipo: consecuencias dogmáticas y regulación en el CP**. La ausencia de cualquiera de los dos elementos del dolo, determinará que éste no exista. La ausencia, en este caso, de la conciencia, determina que el sujeto actúa en un **error de tipo**.
  - El error sobre un elemento del tipo determina la ausencia de dolo, por lo que el tipo doloso no se habrá realizado. En consecuencia, el sujeto sólo podrá responder por imprudencia, cuando exista el correspondiente tipo imprudente y se den los elementos del mismo (art. 14.1 CP: *"El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente"*.
  - Art. 14.2 CP: *"El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación"*.
    - Un hecho que cualifique la infracción, se refiere exclusivamente a las circunstancias agravantes de lo injusto incorporadas a un tipo básico para formar otro calificado, y no a las que agravan por ser mayor la culpabilidad. En los casos en los que el dolo del sujeto no se extiende a los elementos objetivos de la circunstancia calificante, no podrá entenderse realizado el tipo calificado, por faltar el elemento subjetivo, y el sujeto responderá sólo por el tipo básico si du dolo sí se extendió a todos los elementos de éste.



- Cuando no concurre el dolo sobre la circunstancia atenuante, la solución será la misma. Al faltar el dolo del tipo privilegiado, éste no se ha realizado, debiendo comprobarse si se ha dado el tipo básico, o quizás sólo una tentativa del tipo básico.
- El error sobre las circunstancias agravantes genéricas también determinará la inaplicación de las mismas.

- **El error sobre un elemento del tipo: supuestos problemáticos**.
  - **La desviación del curso causal**. El dolo debe extenderse también al curso causal entre la conducta y el resultado típicos. En los supuestos de desviación del curso causal, el sujeto planea una forma de causar el resultado y la pone en marcha, pero, finalmente, el resultado se produce por un camino causal diferente al previsto. Tras esta nomenclatura se esconde una variedad de problemas que merecen soluciones diferentes.
    - En los supuestos en los que el resultado se produce como consecuencia de un desarrollo causal más largo y complejo que el previsto por el sujeto, falta ya el tipo objetivo, cuando ese desarrollo causal ulterior no era previsible, con independencia de que además el autor no se haya representado el curso causal realmente producido, ni tampoco el resultado concreto, por lo no podría tampoco hablase de dolo en relación con los mismos.
    - En los supuestos en los que se produce el resultado de forma anticipada, cuando los actos objetivos ya realizados fuesen *ex ante* peligrosos, capaces por sí solos de producir el resultado (es decir, el resultado anticipado aparecía como no absolutamente improbable), pero no lo fueren a los ojos del autor, estaríamos ante un delito imprudente en concurso con una tentativa inacabada. Lo que ocurre porque el error sobre la peligrosidad de la acción es un error sobre un elemento del tipo, y en consecuencia, excluye el dolo respecto del curso causal acontecido y el resultado producido.
    - Opinión del equipo docente: No consideran convincentes las soluciones en base a considerar que el dolo se da cuando se produce un resultado de la misma naturaleza que el querido, pero producido por un curso causal diferente, en circunstancias y tiempo distinto de los que el sujeto se ha representado; ya que entienden que contradice la afirmación de que el dolo debe extenderse también al curso causal entre la conducta y el resultado típicos, lo que por su puesto se refiere al curso causal y al concreto resultado efectivamente dados y no a otros distintos.
  - **El error en el objeto y el error en la persona**. **Error en el objeto**. Se produce cuando el sujeto que actúa confunde los objetos y dirige su acción contra un objeto pensando que se trata de otro distinto. **Error en la persona**. Es una variante del anterior. El sujeto dirige su acción contra una persona pensando que se trata de otra distinta.
    - Son irrelevantes, es decir, no excluyen el dolo cuando:
      - Los objetos sean equivalentes desde el punto de vista del tipo aplicable.
      - Las personas afectadas sean equivalentes desde el punto de vista de la protección de los tipos penales.
    - Son relevantes, llegando a excluir el dolo cuando:
      - Los objetos o las personas afectados no son equivalentes desde el punto de vista de los tipos. En estos casos, las soluciones varían según la relación que exista entre el precepto intentado y el objetivamente realizado, debiéndose



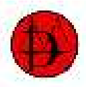
examinar si concurre o no el dolo respecto de los elementos objetivos efectivamente dados. Las soluciones pueden ser:

- Apreciar una tentativa del delito querido en concurso con el tipo imprudente efectivamente realizado, cuando los bienes jurídicos protegidos son diferentes.
- Apreciar la tentativa del tipo calificado en concurso con el delito doloso básico consumado.
- Apreciar la mera realización del tipo básico cuando es este el que se persigue, pero se causa de forma no dolosa el calificado.

- **La desviación del golpe (*aberratio ictus*)**. Supuestos en los que el sujeto dirige la acción contra el objeto o persona al que efectivamente quiere alcanzar (sin confundirlo con otros), pero la ejecución incorrecta de la conducta hace que finalmente resulte lesionado un objeto o persona diferentes al que el sujeto quería y hacia el que dirigió su conducta. La doctrina está dividida en la solución que ha de darse a estos supuestos:
  - Los que consideran que debe darse la misma solución que para un supuesto de error en el objeto o en la persona.
  - Los que consideran, entre ellos el equipo docente, que al no tratarse de un error en el objeto o en la persona, sino de una desviación del curso causal no comprendida por el dolo, debería apreciarse siempre una tentativa respecto del resultado pretendido pero no conseguido, en concurso con un posible delito imprudente respecto del resultado causad, pues este último el camino causal que ha llevado a él no han sido previstos por el autor, excepto que el autor haya previsto como no absolutamente improbable esa desviación del golpe y haya contado con la posible causación de esos otros resultados.

3.3.2. El elemento volitivo del dolo. Clases de dolo.

- **La voluntad de actuar**.
  - Dentro de la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, es decir, el tipo subjetivo, debemos distinguir varios elementos:
    - **La voluntad de actuar**, como intención de realizar todos los actos que según su plan le llevarán a realizar el tipo.
      - La doctrina exige la voluntad de actuar en toda clase de dolo. Su falta determina un obstáculo insalvable para la realización del tipo por ausencia de dolo.
      - Ésta falta cuando el sujeto todavía duda de si realizará o no la conducta.
      - No excluyen la voluntad de actuar los supuestos de resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos, ni los de decisión con reserva de desistimiento; pues en ambos supuestos sí existe una voluntad de actuar, vinculada su realización a condiciones que no están en su mano, en el primer caso, o vinculada a que el hecho típico resulte finalmente innecesario, en el segundo.
    - **La voluntad** de que efectivamente esos actos que quiere realizar y las consecuencias que se deriven de los mismos sean precisamente aquellos que el legislador ha elegido como elementos objetivos del tipo.

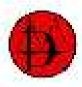


- Si el autor no tiene la seguridad ni la voluntad directa de que a través de su conducta se realice el tipo delictivo, origina un supuesto de dolo eventual. Para que éste concurra, el autor tiene que querer la acción que posiblemente producirá el resultado.

- **Clases de dolo según el elemento volitivo**. Podemos distinguir varias clases de dolo según el grado de voluntad:
  - **Dolo directo de primer grado**. Cuando la realización del tipo (y la producción del resultado en los delitos dolosos de resultado) es el fin que persigue el sujeto al actuar.
    - Su existencia es independiente de la probabilidad de éxito. Solo sería necesaria en el caso de aceptar el criterio de imputación objetiva de la previsibilidad de la conducta, aceptando que el resultado sea previsto como no absolutamente improbable.
  - **Dolo directo de segundo grado**. Cuando la realización del tipo o la producción del resultado no es el fin que persigue el sujeto al actuar, pero es una consecuencia que el sujeto prevé como necesariamente unida a la consecución de su fin.
    - Su existencia es independiente del grado de probabilidad con que el sujeto prevea el resultado. Solo sería necesario en el caso de aceptar el criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la conducta, como en el apartado anterior.
  - **Dolo eventual**. Cuando la realización del tipo o la producción del resultado no es el fin que persigue el sujeto al actuar, ni tampoco una consecuencia que el sujeto prevé como necesariamente unida a la consecución de su fin; pero sí una consecuencia no absolutamente improbable de su actuar, con cuya probabilidad de producción cuenta.
    - Su existencia es independiente del grado de probabilidad con que el sujeto prevea el resultado. Solo sería necesario en el caso de aceptar el criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la conducta, como en el apartado anterior.

El dolo eventual es importante a la hora de diferenciarlo de los supuestos de imprudencia consciente. Esto es así debido a que, negar el dolo y afirmar la imprudencia nos lleva a un tipo diferente, menos grave, o a la impunidad de la conducta, en caso de que no exista el correspondiente tipo imprudente. Para la distinción del dolo eventual de la imprudencia, se han manejado numerosas teorías, entre las que destacan:

- **La teoría del consentimiento**.
  - Concurre dolo eventual cuando el sujeto cuenta con la probabilidad de producción del resultado como una consecuencia de su actuar.
  - Concurre imprudencia cuando el sujeto confía en que el resultado previsto como no absolutamente improbable no se producirá. Dicho "confiar" debe consistir en que el sujeto debe atribuirse la capacidad de evitar el resultado típico, no bastando, por el contrario, el mero deseo de que no se produzca el resultado.
- **Las teorías del sentimiento**, que contienen diversas fórmulas:
  - Fórmula común:
    - Concurre dolo eventual si al realizar la conducta, al sujeto le era indiferente la realización del tipo o la causación del resultado típico.
    - Concurre imprudencia, si el sujeto confiaba en que el resultado no se produciría.
  - Fórmula de Stratenwerth:
    - Concurre dolo eventual cuando el sujeto se toma en serio la posibilidad de realizar los elementos objetivos del tipo y de todas formas actúa, o se resigna con esa posibilidad.



- Concurre imprudencia, cuando por ligereza, temeridad, etc. el sujeto confía en la no realización de los mismos.

- **La teoría de la probabilidad**. Parten de un concepto de dolo limitado a su elemento intelectual, rechazando la existencia de un elemento volitivo. Intenta distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente según el grado de probabilidad de realización de los elementos objetivo del tipo que el sujeto llegue a representarse, o en otras versiones, según el tipo o clase de peligro que se presente.
    - Concurre dolo eventual si el sujeto consideraba probable la realización del tipo objetivo.
    - Concurre imprudencia consciente si el sujeto consideraba solo posible la realización del mismo.

4. EL CONCEPTO DE INJUSTO PERSONAL: DESVALOR DE ACCIÓN Y DESVALOR DE RESULTADO

Consideramos un concepto de injusto personal que aúna desvalor de acción y desvalor del resultado, que se sostiene en una concepción de las normas como normas de determinación, a las que preceden y dotan de sentido determinados juicios de valor sobre los bienes jurídicos y las conductas que los atacan o suponen un peligro para ellos.

Entendemos por norma; todo precepto jurídico independiente, obligatorio, en la forma de un mandato o una prohibición, sin referencia alguna a las consecuencias jurídicas. La norma es presupuesto de la ley; y los juicios de valor son presupuestos de la norma.

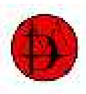
Las normas de determinación son el instrumento idóneo para la protección del orden jurídico al ordenar o prohibir la realización u omisión de acciones que supongan el mantenimiento o la perturbación, respectivamente, de situaciones valiosas. Así es como las normas penales, además de la pena, realizan su función de protección de los bienes jurídicos.

Las normas solo pueden prohibir conductas, no resultados.

Al incluir el desvalor del resultado en lo injusto, asumimos que lo injusto rebasa la materia de la prohibición. El problema de la pertenencia del desvalor del resultado a lo injusto se resuelve por la consideración de los juicios de valor inherentes a las normas penales, que son su presupuesto lógico, y por una comprensión del efecto preventivo general positivo de la pena, que solo resulta posible partiendo de una categoría de lo injusto que cumpla el fin de informar a los ciudadanos de lo generalmente prohibido por desvalorado. Tras casa norma subyace una valoración de los bienes jurídicos como algo positivo y una valoración de su lesión como algo negativo, y por ello también, de las conductas que los atacan o ponen en peligro.

El desvalor del resultado tiene por función conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: la protección de los bienes jurídicos, apoyada por el fin preventivo general positivo de la pena. Lo injusto (antijurídico), contrario a Derecho, comprende lo prohibido y la contradicción de las valoraciones que subyacen a las normas y que las dotan de sentido. Ya que la pena, además de la misión de reafirmar la vigencia de las normas, también tiene la de confirmar en la conciencia jurídica de los ciudadanos esos valores jurídicos como mejor forma de garantizar su respeto.

Por lo anterior, debemos comprender lo injusto (antijurídico) conformado por:



- **El desvalor del resultado**. Constituido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
  - Una lesión de un bien jurídico de más valor supondrá un mayor desvalor del resultado.
  - Una lesión de un bien jurídico menos valioso supondrá un menor desvalor del resultado.
  - La lesión de un bien jurídico supondrá un mayor desvalor del resultado que su mera puesta en peligro.
- **El desvalor de la acción**. A su vez constituido por todos los elementos de la acción que la identifican como contraria a la norma, pues influyen en la valoración negativa que esa acción merece al OJ y que ha llevado a prohibirla. Estará constituido por el dolo, los demás elementos subjetivos de lo injusto, la infracción de deberes en los delitos especiales, el modo, forma o grado de realización de la acción y la peligrosidad de la misma.

Existen injustos parciales, en aquellos casos en que el legislador ha decidido el adelantamiento de la punición a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico y en el que no es necesaria siquiera la puesta en peligro del mismo. Así ocurre en los actos preparatorios, en la tentativa, en los delitos de peligro abstracto, y en todos aquellos tipos que se consuman formalmente antes de la lesión del bien jurídico. En todos estos casos se castiga únicamente un desvalor de acción. Éste concurre siempre en los delitos dolosos de acción, y sin él no es posible fundamentar la existencia de un desvalor de resultado, mientras que este último puede faltar.



LECCIÓN 11

EL DELITO COMO CONDUCTA TÍPICA (III): EL TIPO DEL DELITO IMPRUDENTE

1. LA INCRIMINACIÓN DEL DELITO IMPRUDENTE EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El CP de 1995 optó por el principio de excepcionalidad en el castigo de los delitos imprudentes; art. 12 CP: *"Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley"*.

Este sistema es alabado por la doctrina por ser más garantista que el anterior por:

- Cumplir mejor con los principios de legalidad.
- Responder al principio de intervención mínima.

En la actualidad, solo se castigan algunos delitos imprudentes, incluyéndose para ello, normalmente, en la Parte Especial del CP, el tipo imprudente a continuación del correspondiente tipo doloso. Aunque en ocasiones, el legislador utiliza pequeñas cláusulas generales de alcance limitado (art. 331 CP: *"Los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave"*).

El nuevo CP, también deja claro que, la infracción dolosa y la imprudente son diferentes e independientes, consagrando la concepción de que, dolo e imprudencia son elementos respectivamente del tipo de lo injusto doloso y del tipo de lo injusto imprudente.

2. LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE LO INJUSTO DEL DELITO DE ACCIÓN IMPRUDENTE

- En los **delitos imprudentes de acción**, el tipo está constituido por una conducta que infringe el deber objetivo de cuidado.
- En los **delitos imprudentes de acción de resultado**, el tipo, además de la conducta imprudente, integrará el resultado, la relación causal entre ambos (determinada conforme al criterio de la equivalencia de las condiciones), y la imputación objetiva del resultado.

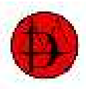
2.1. LA ACCIÓN CONTRARIA AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

La conducta que infringe el cuidado debido es el primer elemento del tipo de los delitos imprudentes. Entendiendo la imprudencia como una cuestión de tipo, la constatación del tipo imprudente ha de comenzar por la identificación de la acción típica: **la acción descuidada**, que representa un riesgo no permitido de lesionar un bien jurídico.

En primer lugar, habrá que averiguar las prohibiciones de actuar descuidadamente que subyacen a los tipos imprudentes de acción.

2.1.1. El cuidado debido: ¿medida objetiva o subjetiva?

Se trata de discernir si el deber de cuidado incumplido se establece:



- **De forma objetiva**: Dicho inobservancia implicará incurrir en la prohibición de actuar descuidadamente, haciendo que la acción sea típica.
- **De forma subjetiva**: Si se establece atendiendo a las capacidades de cada cual: al que puede hacer las cosas con mayor cuidado, éste se le exigirá, atribuyéndole una conducta imprudente si se limitara a actuar con el cuidado que se le exige al resto de sujetos menos capaces.

Resulta imposible mantener una medida subjetiva del cuidado por los siguientes motivos:

- Determinados riegos, aun siendo evitables, están permitidos. Esto marca unos límites generales y objetivos al cuidado debido.
- Dejar a la capacidad de cada cual la determinación del cuidado que cada sujeto debe observar conllevaría el caos y la desprotección de los bienes jurídicos.

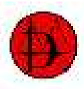
Los defensores de la medida subjetiva del deber de cuidado, para tratar de salvar la contradicción anterior, pretenden adelantar la conducta imprudente a un momento previo en el que todavía le era posible al sujeto evitar su producto estado de inevitabilidad. Eso conlleva a una equiparación, inadecuada a efectos de conducta típica, de acciones con peligrosidades diferentes. Y los límites a esa anticipación, de nuevo, tendrán que ser establecidos por criterios objetivos.

Estos partidarios, tienen en común llegar desde diferentes caminos a un concepto de imprudencia como evitabilidad individual, y por tanto, lo injusto imprudente ya no se corresponde con la infracción de normas de conducta generales. Lo que conlleva que, por un lado, dejen de existir las normas generales, y por el otro, que la categoría de lo injusto deje de cumplir la función de informar sobre lo prohibido con carácter general y sobre las valoraciones que subyacen a esas normas, contribuyendo de esta manera al fin preventivo general positivo de la pena.

Por otro lado, la expresión de **infracción del deber de cuidado**, requiere las siguientes matizaciones:

- No puede entenderse como conductas de omisión. En los delitos de acción imprudentes lo que se castiga es la realización de una conducta imprudente que ha causado un resultado, no la evitación (por imprudencia) de un resultado que pertenecería al ámbito de los delitos de omisión.
- Hay que distinguir los conocimientos especiales de las capacidades especiales.
    - Los conocimientos especiales del autor sobre los datos (conocidos o conocibles) de la realidad en la que va actuar se tienen siempre en cuenta a la hora de diseñar la conducta correcta, porque sirven para identificar la situación sobre la que diseñarla, así como reconocer la norma que le es aplicable.
    - Las capacidades especiales no tienen como función identificar la situación en la que se actúa con el fin de diseñar la norma y, por ello, allí donde está permitido realizar la actividad sin esas capacidades especiales, la conducta realizada sin utilizarlas no puede ser contraria a la norma.
        - Al descartar estas capacidades especiales, descartamos el delito imprudente. Pero aún puede ocurrir que nos encontremos en el ámbito de otros delitos, como el de omisión.

La postura a seguir es la siguiente: las normas que subyacen a los delitos imprudentes de acción prohíben realizar conductas descuidadas, donde qué es lo descuidado se establece conforme a **criterios objetivos**,

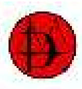


iguales para todos los ciudadanos. Así, la acción descuidad (acción típica) es la que infringe un deber objetivo de cuidado.

El análisis posterior de si un sujeto tenía o no capacidad para abstenerse de realizar esa conducta prohibida (conducta descuidada) se realizará en sede de la culpabilidad.

2.1.2. La determinación del cuidado objetivamente debido

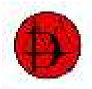
- **El diseño de la prohibición de actuar descuidadamente.**
    - La **acción típica** es la acción contraria al contenido de la norma de determinación, que en los delitos de acción imprudentes tiene la forma de una prohibición general de actuar de determinada manera: excediendo el riesgo permitido.
    - La **clase de riesgo prohibido** se determina por la previsibilidad *ex ante* de que la conducta dé lugar a determinado curso causal no deseado.
        - Suele reglamentarse en normas extrapenales, donde ya se ha plasmado la ponderación de intereses realizada por el Ordenamiento jurídico.
        - La mera infracción de dicha normativa extrapenal no conlleva necesariamente la realización de la acción típica. Que por lo general, para que lo anterior ocurriese, es decir, se cometiera un delito imprudente, se suele exigir la producción de un resultado típico, y por tanto, la necesidad de constatar la realización de causalidad y la imputación objetiva.
        - Existen situaciones en las que no se encuentra regulado en norma alguna, por lo que dicho riesgo deberá ser hallado por el juez, lo que fomenta la inseguridad jurídica.
            - **Criterio del hombre prudente**: Es imprudente la acción de la que se abstendría una persona inteligente y sensata.
- **La previsibilidad objetiva: La identificación de la situación en la que se actúa y de los riesgos que presenta la conducta**.
    - Primero, hay que identificar la situación en la que va a actuar el sujeto y los riesgos que represente su acción de la manera en que él ha decidido realizarla.
        - **Juicio de previsibilidad objetiva**: Una persona inteligente colocada en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta, todas las circunstancias del caso cognoscibles (saber ontológico) y el saber común de la época (saber nomológico); realizará un pronóstico de las posibles consecuencias de la acción. Según esos posibles riegos y de la utilidad de la acción, se realiza una ponderación de los intereses en juego, de la que surge la decisión final sobre la permisión o prohibición de la conducta tal y como se ha proyectado.
        - La medida del riesgo no puede indicarse de modo general mediante un porcentaje de probabilidad, porque el grado de peligro admisible para cada actividad dependerá precisamente de la utilidad de cada acción en cada caso concreto.
- **La ponderación de intereses**.
    - La realización de la ponderación de intereses, desde la que se decide la permisión o prohibición de un riesgo, no se pueden dar en abstracto más que pautas generales, ya que habrá que analizar el valor que se otorgue a cada conducta en su configuración concreta y los concretos riesgos que representa en cada caso, así como la posibilidad o conveniencia de



modificarla mediante la exigencia de cautelas que a la vez limiten el riesgo y el ejercicio de la actividad.

- El juez debe guiarse en todo caso por las valoraciones del ordenamiento jurídico.
    - La conducta será descuidada y prohibida si era posible limitar los riesgos de llegar al resultado, a través de determinados cursos causales, mediante la adopción de cautelas que, evitando la interacción con esos posibles factores, no limitaban excesivamente el ejercicio de la actividad.
    - La conducta será permitida si el limitar los riegos se considera limitar excesivamente el valor o la utilidad preferente que la actividad presenta; o si esos límites parece más conveniente trasladarlos a terceras personas para garantizar la utilidad o valor de la conducta.
- Así, el riego no permitido se define por el concreto camino causal que amenaza y, por ello, la posibilidad concreta de interacción con un factor puede considerarse no permitida si, a pesar de ser escasa, su evitación mediante la adopción de una determinada cautela era muy fácil y no limitaba en exceso la actividad.
- La permisión de determinados riesgos los dejará fuera del fin de la norma.
- Criterio del **principio de confianza**. Establece la no necesidad de prever la infracción del cuidado debido por otras personas, salvo que existan circunstancias en el caso concreto que lleven a pensar lo contrario. Dicho principio se utiliza como complemento para determinar el cuidado debido en aquellas actividades o situaciones en las que no se encuentra ya expresamente regulado y, además, es parte de la ponderación de intereses.
- Por lo general, la posibilidad abstracta de interacción con conductas de tercero o de la propia víctima, se considera un riesgo permitido, ya que:
    - Tomar cautelas destinadas a evitarlas cuando solo son posibilidades abstractas, disminuiría gravemente el ejercicio y, con ello, la utilidad de cualquier actividad.
    - El ordenamiento dispone de la posibilidad de cargar con las cautelas dirigidas a la evitación a esos terceros.
- Existen excepciones al principio de confianza, en las que el ordenamiento exige unas cautelas adicionales para evitar la interacción de la propia conducta con actuaciones descuidadas de otros, y en caso de realizar la actividad sin estas cautelas, se infringe la prohibición de actuar descuidadamente, es decir, se realiza la acción típica. Estos son:
    - Los casos en los que la infracción del cuidado por parte de otro ya no es un riesgo abstracto, sino que existen indicios de la misma que la convierten en una más alta probabilidad.
    - Los casos en que el ordenamiento decide que no puede trasladar las cautelas de evitación a la propia víctima potencial o a un tercero, ya sea porque serían incapaces de cumplirlas, ya sea porque supondría una carga excesiva.
- El principio de confianza también se aplica a las actividades realizadas en equipo. Cada miembro debe ejecutar su tarea con el debido cuidado, no siendo preciso adaptar la conducta propia a la posibilidad meramente abstracta de que otro miembro del equipo incumpla las normas incumpla las normas del equipo.

2.1.3. La identificación de la conducta típica de entre aquellas que infringen el cuidado debido



Los finalistas consideran que cualquier conducta que no responde al cuidado objetivamente debido y contribuye causalmente a la producción del resultado (concurriendo los demás elementos del tipo), debía considerarse una acción típica de autoría del delito imprudente en cuestión.

Actualmente, la doctrina considera que con la identificación de una conducta contraria a una norma de cuidado, que tiene como fin evitar un determinado resultado, no hemos finalizado la tarea de concretar la conducta típica de un concreto delito de resultado. Así, propone dos vías de solución:

- La imputación objetiva, a través de las figuras de la prohibición de regreso y de la imputación a la víctima.
  - No son correctas y son innecesarias: muchos supuestos de prohibición de regreso se solucionan mediante la ponderación de intereses. Por su parte, la imputación a la víctima debe ser tenida en cuenta en la ponderación de intereses, pero no sustituirla.
- La distinción entre conductas imprudentes de autoría y conductas imprudentes de participación por otro.
  - Se rechaza como solución por partir de la idea de un único tipo objetivo para el delito doloso y para el imprudente.

En este Curso no se comparten las soluciones propuestas, pero sí coinciden en la idea de que hay diversas prohibiciones cuyo fin es contribuir a la evitación de un mismo resultado lesivo, pero no pueden equipararse como injustos típicos del correspondiente delito de resultado las infracciones de normas diversas, con distinta lejanía a la lesión del bien jurídico y que suponen, por tanto, muy diversos grados de peligrosidad para el mismo.

La solución estaría:

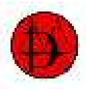
- En distinguir las normas antepuestas, cuya finalidad es evitar que se cause un determinado resultado, pero solo a través de la evitación de favorecer imprudencias de otros.
- Dichas normas no serían las subyacentes al delito de resultado y, por tanto, la conducta que las infringe no es la acción típica.
- Frente a las mismas, existen otras prohibiciones cuya infracción causa directamente el resultado, sin que la posibilidad del mismo aparezca condicionada a infracciones de cuidado posteriores de otro sobre el mismo riesgo. Estas son las prohibiciones subyacentes a los tipos de resultado y, solo su infracción, es la conducta típica.

2.1.4. ¿Existe un tipo subjetivo en el delito imprudente?

En este Curso se defiende la postura de que el delito imprudente carece de tipo subjetivo.

No obstante, se hace breves referencias al contexto:

- Una parte de la doctrina finalista considera que el delito contiene un tipo objetivo y un tipo subjetivo. Este último consiste en el conocimiento de los elementos del propio actuar sobre los que el legislador decide la peligrosidad no permitida de la conducta (conocimiento de la situación de riesgo).
- Para ello, combinan las presuntas exigencias de la norma de determinación con el concepto finalista de acción, con el argumento de que solo quien conoce las características de su acción puede evitarla y de que las prohibiciones de actuar solo pueden tener por objeto acciones finales.



- Consecuencias: la impunidad de quien en el momento de actuar no fue consciente de las características de su conducta.
    - Solución: Adelantar en tales casos el momento relevante para lo injusto a un momento previo en el que el sujeto sí era consciente de lo que estaba haciendo, pero que en realidad supone una peligrosidad menor para el bien jurídico.

2.2. EL RESULTADO TÍPICO, LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

Pertenecen al tipo de los delitos imprudentes de acción de resultado:

- **El resultado típico**.
- **La relación de causalidad entre la acción y el resultado** (conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones).
- **La imputación objetiva del resultado**. Para ello, la doctrina ha manejado diversos criterios de imputación del resultado, entre los que destacan:
    - El criterio del fin de protección de la norma.
    - El comportamiento alternativo conforme al Derecho.
    - El criterio del incremento del riesgo.

2.2.1. El criterio del fin de protección de la norma.

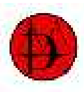
Desarrollado por GIMBERNAT y admitido por la mayoría, se considera el único criterio necesario para determinar la imputación del resultado: el resultado debe ser precisamente uno de aquellos que trataba de evitar la norma infringida.

- El deber de cuidado impone tomar determinadas cautelas a quien quiere realizar la actividad, para evitar la interacción con algunos factores causales que lleven al resultado.
- El deber de cuidado no se extiende a la prohibición de cualquier riesgo, sino que existe un riesgo permitido para no restringir en exceso una actividad considerada útil.
    - Consecuencia: la norma que subyace al delito imprudente tiene la finalidad exclusivamente de evitar llegar al resultado mediante la interacción con aquellos factores frente al os que las normas de cuidado obligaban a tomar cautelas, pero no a través de aquellos otros cuya aparición se considera un riesgo permitido, que están excluidos del ámbito de protección de la norma.
    - El desvalor del resultado debe ser un reflejo del desvalor de la acción.

2.2.2. El comportamiento alternativo conforme al Derecho.

Dicho criterio establece que, el resultado no será imputable si no puede probarse con una probabilidad rayana en la certeza que el mismo no se hubiera producido con el comportamiento alternativo correcto.

- No es un criterio de solución por sí mismo, sino un complemento que sirve para averiguar el fin de protección de la norma.
- El comportamiento hipotético correcto carece de relevancia por sí mismo, sino solo en cuanto pueda demostrar la eficacia de la norma infringida para la evitación del curso causal concreto.



- Consecuencia de emplearlo como criterio de solución independiente: existen graves problemas en los ámbitos en los que se reconoce un margen de riesgo permitido y en los supuestos de riesgos en reserva.

2.2.3. El criterio del incremento del riesgo.

Formulado por ROXIN y empleado en los casos dudosos, en los que no se sabe si el curso causal que produjo el resultado es de aquellos que podía y quería evitar la cautela infringida, a pesar de lo cual se decide la imputación si, pese a la imposibilidad de comprobación *ex post*, se estima que la cautela habría podido disminuir la probabilidad del curso causal dado.

- Aplicación: se compara la conducta infractora del cuidado con la conducta correcta, y si la primera ha aumentado, según todos los datos conocidos *ex post*, la probabilidad del resultado; éste se imputa y, de lo contrario, no.
- Problema: Olvido de que las normas de cuidado subyacentes a los delitos de resultado no tienen como fin distinguir porcentualmente grados de peligrosidad, sino evitar la causación de resultados a través del control de posibles interacciones con concretos factores causales.
- Consecuencia: La fundamentación de la imputación del resultado en el incremento porcentual del riesgo concreto carece de base, pues no guarda relación alguna con el fin de las normas subyacentes a los tipos imprudentes de resultado.
  - Si la cautela infringida solo tiene como fin disminuir un riesgo, solo se podrá imputar un aumento de riesgo, pero no un resultado. Ya que, de lo contrario, se está convirtiendo un injusto consistente en la creación de un peligro, en un delito de resultado, en perjuicio del reo.
  - Si la imprudencia es grave y la norma necesita el refuerzo de un castigo para su cumplimiento, se debe recomendar el castigo de la mera peligrosidad de la conducta tipificando un delito de peligro, pero no se puede convertir na conducta peligrosa en delito de resultado consumado.

2.3. CLASES DE IMPRUDENCIA

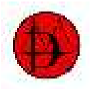
El actual CP, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, distingue entre **imprudencia grave** e **imprudencia menos grave**. Desapareciendo la categoría anterior de imprudencias leves.

Así, de alguna de las dos categorías anteriores tiene que salir la actual de menos grave, y puesto que la categoría de grave no se ha modificado, queda claro que parte de la categoría anterior de leve, se ha llevado a la jurisdicción civil (despenalización), pero otra parte, recibe ahora la calificación de menos grave, por lo que se considera delito.

La distinción entre grave o menos grave hace referencia a la magnitud del injusto. Para determinar la gravedad de la imprudencia hay que entender a:

- La peligrosidad de la conducta.
- La relevancia de la norma infringida.
- El grado de desviación entre la conducta realizada y el cuidado objetivamente debido.

Otras clasificaciones de imprudencias:



- Imprudencia profesional: Art. 142.1 CP: *"Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años"*.
- Imprudencia consciente e inconsciente. Clasificación que no afecta a la magnitud del injusto, sino únicamente al ámbito de la culpabilidad. :
  - Consciente: Aquella en la que el sujeto ha previsto la posibilidad de realizar el resultado, pero confía en que podrá evitarlo.
  - Inconsciente: Aquella en la que el sujeto no ha previsto siquiera la posibilidad del resultado.

3. EL CONCEPTO DE INJUSTO PERSONAL: DESVALOR DE ACCIÓN Y DESVALOR DE RESULTADO EN EL DELITO IMPRUDENTE

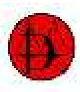
Los delitos imprudentes también están formados por:

- **Desvalor de la acción**. Constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido.
- **Desvalor del resultado**. Constituido por la lesión o peligro concreto de un bien jurídico.

El contenido de la voluntad del sujeto no es valorado por el Derecho en los delitos imprudentes. Pero la norma que subyace a un delito imprudente de acción sigue siendo una norma de determinación, en cuanto prohíbe la realización de una conducta que infrinja el cuidado objetivamente debido.

Entre desvalor de la acción y desvalor del resultado debe existir:

- Una **relación de causalidad**.
- Una **relación interna**: el resultado tiene que pertenecer al fin de protección de la norma. Esto es así porque:
  - El desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: protección de bienes jurídicos, apoyada por el fin preventivo general positivo de la pena.
  - Se rechaza las construcciones que entienden el resultado como mera condición objetiva de punibilidad, y que limitan lo injusto al desvalor de la acción.
  - Solo la inclusión del desvalor del resultado en lo injusto puede explicar que, una misma conducta que ha infringido una norma de cuidado destinada a proteger la vida y la integridad física, por ejemplo, y que ha afectado a ambos bienes jurídicos, se castigue con penas diferentes según el resultado producido. Postura que asume nuestro CP.



LECCIÓN 12

EL DELITO COMO CONDUCTA TÍPICA (IV): LOS TIPOS DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

1. LOS TIPOS DELICTIVOS OMISIVOS EN EL SENO DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

En las leyes penales, junto a las prohibiciones, encontramos mandatos de actuar, cuyo incumplimiento se traducen en delitos omisivos.

1.1. LA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN EN EL SENO DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

La teoría de los delitos de omisión está más pobremente desarrollada que la teoría de jurídica del delito, por las siguientes razones:

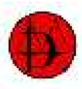
- El mayor peso de las relaciones delictivas activas.
- El imperio del dogma causal. El desarrollo de una dogmática del Derecho penal basada fundamentalmente en la contemplación causal de las relaciones delictivas, ha supuesto que la dogmática de la omisión, a pesar de no estar convenientemente desarrollada, lo que sí lo está, lo haya sido conforme a las estructuras propias de la acción.
- La visión naturalista del comportamiento humano. GUSTAV RADBRUCH: *"Existe una fractura insalvable entre la dogmática de los delitos de acción y de omisión, alejando la posibilidad de encontrar elementos comunes"*. Planteamiento no aplicable en todo caso, pues existen puntos de encuentro entre conductas activas y omisivas en el ámbito sociocultural, donde la existencia de conductas causales permite abrir un campo común en el que acciones y omisiones compartan estructuras y valoraciones.

1.2. CONCEPTOS PRELIMINARES (REMISIÓN): OMISIÓN, EXPECTATIVA Y TIPO DE LO INJUSTO

- La **omisión**, como la no realización de una acción cuando se tenía capacidad concreta de llevarla a cabo.
    - La **capacidad de acción**, cuya existencia se determina valorando las concretas circunstancias materiales, espaciales y temporales en que transcurre la conducta omisiva.
    - Concepto ontológico, propio de la esfera del ser. El sujeto omite cuando tiene la concreta posibilidad de actuar, aunque ni nadie ni ningún sistema de normas, esperen su actuación.
- La **expectativa de actuación** es lo que fundamenta que se compruebe la existencia de dicha omisión.
- Los **tipos de lo injusto**, que tras ellos se encuentran los mandatos de actuar, como eje fundamental de la puesta en positivo, es decir, de la comprobación de la previa existencia de la omisión. Dichos tipos, en ningún caso, tiene carácter constitutivo de la misma

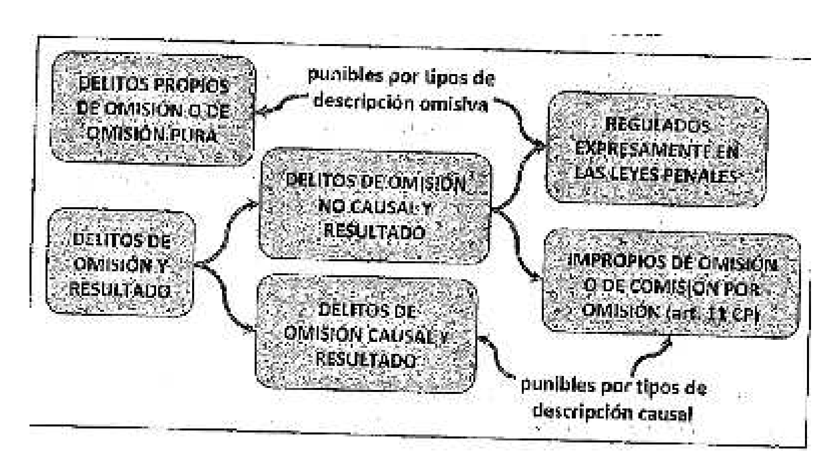
2. LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

La clasificación de los tipos de lo injusto de los delitos de omisión está lejos de alcanzar un consenso definitivo. Mayoritariamente, doctrina y jurisprudencia concuerdan en la existencia de dos tipos generales: los delitos propios de omisión (de omisión pura) y los delitos impropios de omisión (de comisión por omisión).



Sin embargo, en este Curso, se opta por una clasificación alejada de la visión mayoritaria, tal y como sigue:

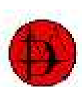
- **Delitos propios de omisión (de omisión pura)**. Son delitos de simple conducta, en los que el sujeto realiza el tipo con la sola omisión de la acción a que venía obligado. La producción del resultado material es ajena a los mismos, por lo que quedará al margen de su tipo de lo injusto.
- **Delitos de omisión y resultado**. Necesitan de la producción de un resultado material externo imputable al omitente.
  - **Delitos de omisión causal y resultado**. Tienen como base omisiones causales que discurren en la esfera sociocultural. Siguen las mismas pautas de imputación de resultados que los delitos de acción.
  - **Delitos de omisión no causal y resultado**. En los que es preciso determinar los criterios para imputar un resultado a quien, en definitiva, no lo ha causado.
    - **Regulados expresamente en las leyes**.
    - **Delitos de comisión por omisión (impropios de omisión)**. En el sistema penal español, se acogen a un sistema de cláusula general y presentan los principales problemas de interpretación.



3. LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN O DE OMISIÓN PURA

El tipo de lo injusto de los delitos propios de omisión (o de omisión pura) se perfecciona con la sola omisión de la acción ordenada.

- No se requiere la producción de un resultado.
- En caso de producción de un resultado, este quedará externo al tipo de lo injusto del delito.
- Dichos delitos se encuentran expresamente regulados en las leyes penales, siendo punibles por tipos de descripción omisiva.
- Suele diferenciarse los:
  - **Delitos de omisión pura**, que pueden ser llevados a cabo por cualquier ciudadano.
  - **Delitos de omisión pura de garante**, como delitos especiales, que exigen que en el autor concurran determinadas características, que normalmente fundamentan una pena mayor.
    - Su existencia permite crear tipos delictivos omisivos de gravedad intermedia, entre los de omisión pura y los de omisión y resultado.



    - Generalmente, para estos se prevén las mismas penas que para los delitos de causación activa.
- En el sistema penal español, pese a que son imaginables supuestos de omisión dolosa e imprudente, únicamente contamos con los delitos de omisión pura dolosos, debido a la vigencia del principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes.

3.1. EL TIPO DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN DOLOSA

En estos delitos, el sujeto ha de omitir la acción ordenada de modo intencionado. Dicha omisión, consciente y voluntaria, agota el contenido de la tipicidad.

Es posible distinguir un tipo objetivo y un tipo subjetivo de lo injusto en estos delitos.

3.1.1. El tipo objetivo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosa

El tipo objetivo de estos delitos se articula en torno a tres elementos:

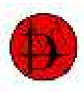
- **La situación típica**. Es la situación que genera el deber de actuar, descrita en el tipo con todas sus circunstancias. Consiste en una situación de peligro para un bien jurídico que origina el mandato de actuar.
- **La posibilidad de cumplir el mandato**. Para que se dé dicha posibilidad, deben darse los elementos que conforman la base fáctica sobre la que se asienta la capacidad concreta de acción, en el concreto sujeto y en las concretas circunstancias de espacio y tiempo en que se produce la situación típica:
    - **Capacidades personales**. El propio sujeto ha de contar con las capacidades necesarias para desarrollar la acción ordenada.
    - **Circunstancias, medios e instrumentos**. El sujeto ha de tener a su disposición los medios e instrumentos necesarios para llevar a cabo la conducta y se deben dar las circunstancias apropiadas para ello.
- **La no realización de una acción tendente a cumplir el mandato**. El sujeto no ha de realizar ninguna acción tendente a cumplir el mandato.
    - El dolo quedará eliminado en el momento en que el sujeto intente, aun con una conducta inadecuada, cumplir con el mandato. Así, no se podría derivar responsabilidad por imprudencia, no porque no se den sus características estructurales, sino porque no existe tal previsión en el CP vigente.

3.1.2. El tipo subjetivo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosa

El tipo subjetivo de lo injusto de estos delitos está constituido por el dolo, junto a otros elementos subjetivos de lo injusto que pudieran concurrir en casos concretos.

Existe polémica sobre la estructura del dolo en este tipo de delitos, admitiéndose el elemento intelectual del dolo, pero cuestionándose la concurrencia del elemento volitivo, en cuanto a que se entiende que la omisión, como comportamiento no causal, carece de voluntad de realización.

A pesar de dicha polémica, en este Curso se entiende que el dolo está formado por los elementos intelectual y volitivo.



La conducta omisiva supone la realización automática del contenido analizado, por lo que la conciencia lleva consigo la voluntad, y la voluntad la conciencia. El dolo, así entendido, se estructura en:

- **Conocimiento de la situación típica**. El sujeto ha de conocer la existencia de la situación típica, ya que estamos ante tipos de lo injusto dolosos.
- **Conciencia de la concurrencia de los medios, instrumentos y capacidades, y de la forma de llevar a cabo la acción debida**.
    - El sujeto ha de ser consciente de que cuenta con los medios, instrumentos y capacidades necesarios para desarrollar la conducta ordenada.
    - El sujeto ha de conocer el modo en que coordinar los distintos elementos objetivos y los conocimientos de que dispone y, dirigirlos hacia el resultado perseguido. Ha de tener la concreta y actual capacidad de dirección final de la conducta.

3.2. EL TIPO DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN IMPRUDENTES: SU INEXISTENCIA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

El art. 12 CP recoge el principio de excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes: *"Las… omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley"*. De lo que se desprende la inexistencia de los delitos propios de omisión imprudentes, fundamentada en:

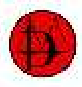
- La frecuente menor gravedad de las conductas omisivas.
- La mayor carga que suponen los mandatos de actuar frente a las prohibiciones.

Sin embargo, son imaginables supuestos de inobservancia del cuidado debido que deriven en que el omitente no llegue a conocer la situación típica, los medios e instrumentos disponibles, las capacidades presentes o, incluso, en que yerre en el desarrollo de la acción potencialmente salvadora. En tales casos no se podrá exigir responsabilidad por omisión pura, sino que será preciso analizar si concurre algún tipo de responsabilidad activa o por omisión y resultado.

4. LOS DELITOS DE OMISIÓN Y RESULTADO

El tipo de lo injusto de estos delitos requiere de la producción de un resultado imputable al omitente.

- En los **delitos de omisión causales y resultado**:
    - La imputación del resultado material al omitente seguirá un proceso similar al que sigue en los delitos de acción.
    - Están regulados en las normas penales, implícitos tras tipos de lo injusto de descripción causal.
- En los **delitos de omisión no causales y resultado**:
    - No es posible una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, por lo que será necesario desarrollar criterios valorativos de imputación objetiva que permitan llegar a tal asociación.
    - Excepcionalmente aparecerán regulados como tipos omisivos, expresamente en las leyes penales.



  - La mayoría constituirán los delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión), lo que implica adaptar tipos de resultado de descripción causal a la estructura del comportamiento omisivo.
  - A su vez, se clasifican en:
    - Regulados por las leyes penales.
    - Delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión).

4.1. LOS DELITOS DE OMISIÓN NO CAUSAL Y RESULTADO

Uno de los principales ejes de la atribución de responsabilidad en los delitos de resultado se encuentra en la imputación objetiva a su autor, de las consecuencias de la conducta. Para realizar la imputación del resultado en los delitos de omisión no causal y resultado, es necesario conformar criterios valorativos específicos de imputación que se mueven al margen del pensamiento causal.

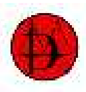
Históricamente, existía la noción de que ciertas omisiones debían ser penadas con la misma gravedad que si se trataran de realizaciones activas. Esto, planteaba dos cuestiones:

- Encontrar los criterios de equivalencia que permitieran situar a la omisión no causal en el mismo plano que a la acción causal.
  - En la actualidad, existe cierto consenso en que determinadas figuras delictivas de resultado material pueden realizarse tanto por acción como por omisión no causal, si concurren dos requisitos:
    - La posición de garante del omitente.
    - Algún tipo de equivalencia entre ambos tipos de comportamiento.
- Este tipo de delitos carecía de reflejo expreso en la Ley, lo que fundaba dudas sobre su legitimidad.
  - En la actualidad, se ha avanzado en dos sentidos diferentes:
    - El legislador ha introducido nuevos delitos de omisión no causal y resultado en las leyes penales.
    - El legislador ha incluido una cláusula general de punición de los delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión) a partir de los tipos activos. Así, la realización por omisión no causal de los delitos de resultado de descripción causal cuenta con el soporte legal del art. 11 CP.

4.1.1. Los delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales

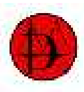
Dicha regulación no suele ser frecuente. Una de sus principales ventajas es que no se plantean especiales problemas interpretativos en la imputación del resultado, sino que habrá que seguir las pautas de su descripción típica.

- Pauta general: El sujeto que omite ocupa una posición especial con respecto al bien jurídico lesionado o puesto en peligro: posición de garante. Por lo que son delitos especiales.
- La imputación del resultado a la omisión no siempre lleva aparejada la misma pena que si se hubiera tratado de su causación por acción. Ya que, aunque el desvalor del resultado será el mismo, el de las conductas activas y omisivas no tienen por qué coincidir.
- Es posible encontrar algunos delitos de esta categoría que requieran un resultado material, y otros que exijan un resultado de peligro.



A continuación, se estudia el tipo de lo injusto de los delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales, según sean dolosos o imprudentes:

- **El tipo de lo injusto de los delitos dolosos de omisión no causal y resultado regulado expresamente en las leyes penales**.
  - **Tipo objetivo de lo injusto**. Para que se perfeccione es necesario que concurran los siguientes elementos:
    - La **situación típica**. Situación de peligro para un bien jurídico que origina el mandato de actuar. El sujeto está obligado a intervenir para evitar el resultado.
    - La **posibilidad de evitar el resultado**. El sujeto ha de poder realizar la acción salvadora, por lo que tiene que contar con los elementos constitutivos de la base fáctica sobre la que se asienta la capacidad de acción:
      - Capacidades personales, para desarrollar la acción ordenada.
      - Circunstancias, medios e instrumentos necesarios para llevar a cabo la conducta, y se deben dar las circunstancias precisas para ello.
    - La **posición de garante**. El autor ha de ocupar una especial posición de protección del bien jurídico en peligro, o de control de la fuente de peligro que amenaza al mismo. Lo que los conforma como delitos especiales. La determinación de las posiciones de garante conlleva problemas, que se solucionan en la descripción típica de los delitos.
    - La **no realización de una acción tendente a cumplir el mandato**.
    - La **producción del resultado**, previsto en el concreto delito. Si no se llega a producir, hay que analizar si estamos ante una tentativa.
  - **Tipo subjetivo de lo injusto**. Formado por el dolo, junto a otros elementos subjetivos de lo injusto que pudieran establecerse en delitos concretos. El **dolo**, en este tipo de delitos, es el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de la producción del resultado. Comprenderá los siguientes elementos:
    - **Conocimiento de la situación típica**. No basta con la mera cognoscibilidad de la misma
    - **Conocimiento del modo de evitar el resultado**. El sujeto ha de ser consciente de la concurrencia de los medios, instrumentos y capacidades con los que cuenta y ha de conocer el modo en que, habida cuenta del conjunto de factores concurrentes (objetivos y subjetivos), es posible dirigir su conducta hacia el objetivo.
    - **Conocimiento de la posición de garante**. El sujeto tendrá que conocer que ocupa la posición de garante del bien jurídico que se encuentra en peligro.
    - **Voluntad de producción del resultado**. El sujeto debe tener voluntad de que el resultado se produzca.
      - Cabe el dolo eventual cuando el sujeto considere el resultado como meramente posible pero cuente con su producción.
      - Si el sujeto veía como posible la producción del resultado pero confiaba en que no se llegaría a producir, abandonamos el campo de los delitos dolosos para entrar en el del a imprudencia consciente.
- **El tipo de lo injusto de los delitos imprudentes de omisión no causal y resultado regulado expresamente en las leyes penales**.
  - **La situación típica**. Como situación de peligro para un bien jurídico en la que se funda el mandato de actuar.



- **La posibilidad de evitar el resultado**. El sujeto ha de poder realizar la acción salvadora, siendo necesario que concurran los elementos que constituyen la base fáctica de la capacidad concreta de acción.
- **La no realización de una acción adecuada para cumplir el mandato**. No bastando con la realización de cualquier acción, sino que ha de ser idónea para cumplir el mandato. Ya que, la inobservancia del cuidado objetivamente debido puede afectar, tanto a que no se lleve a cabo la conducta ordenada, como a la clase de acción que el sujeto emprenda o al desarrollo de la misma.
- **La posición de garante**. Los tipos imprudentes exigen que el omitente ocupe una especial posición de garantía.
- **La producción del resultado**. Si no se llega a producir, no será posible hablar de tentativa, ya que estamos ante tipos de lo injusto imprudente.
- **La inobservancia del cuidado objetivamente debido**. Elemento central de la estructura típica de estos delitos. Dicha inobservancia puede verse influida por:
  - Enjuiciamiento de la situación típica.
  - Toma en consideración de las capacidades, medios e instrumentos disponibles.
  - Planeamiento o ejecución de la acción tendente a evitar el resultado.
  - Consideración de la existencia de la posición de garante.
- **El resultado ha de ser consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido**. Es precisa la conexión interna entre el desvalor de la omisión y el desvalor del resultado; éste ha de ser consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

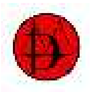
4.1.2. Los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión

Estos delitos giran en torno a dos ideas básicas:

- La imputación de un resultado a quien no lo ha evitado pero tampoco lo ha causado.
  - Problema: Relación con el principio legalidad.
- La falta de regulación expresa en tipos de lo injusto omisivos, por lo que se sancionan a través de los tipos activos de resultado y con las mismas penas que estos.
  - Problema: La posibilidad de equiparar el injusto omisivo con el activo.

Con el objeto de resolver el problema de legalidad, en la aplicación del TS de los tipos activos de algunos delitos en casos de no evitación del resultado típico, anterior a la regulación del CP de 1995, el legislador español introdujo, en ésta, un sistema de **cláusula general de tipificación de los delitos impropios de omisión** en el art. 11 CP: *"Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: A) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; B) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente"*. Los ejes de esta regulación son dos:

- **La posición de garante**. El omitente ha de ocupar una posición de garante. Se dan dos principales teorías sobre la posición del garante:
  - **Teoría formal de las fuentes de la posición de garante**:
    - Es la acogida en nuestro Código Penal vigente.
    - Crea un sistema tripartito de fuentes de la posición de garante:



- La ley.
- El contrato.
- La injerencia, que se produce en los casos en que el peligro para el bien jurídico provenga del propio omitente.

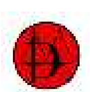
- Presenta las siguientes deficiencias:
  - Puede llegar a sostenerse la existencia de una posición de garantía en casos en los que el sujeto no ha asumido de hecho dicha función.
  - Cuando el omitente haya asumido fácticamente dicha posición, pero no cuenta con el respaldo de la ley, el contrato o la injerencia, impide el especial deber jurídico del autor en el sentido del art. 11 CP.
- Las deficiencias anteriores se corrigen optando por una **Concepción mixta-formal de las fuentes de la posición de garante**. Pese a concurrir la fuente formal, no se dará la posición de garante si el sujeto no ha asumido de hecho y, en el caso concreto, la función de protección del bien jurídico o de control de la fuente de peligro que lo amenaza.

- **Teoría de las funciones** (ARMIN KAUFMANN): la base de la posición de garante se encuentra en la asunción fáctica en el caso concreto de una función de protección del bien jurídico o de control de una fuente del peligro.

- **El principio de equivalencia**, como uno de los elementos más difusos y discutidos de la estructura de la comisión por omisión. En este Curso se opta por la corriente que exige que se dé una equivalencia del contenido de lo injusto de la conducta omisiva con respecto al de la causación activa del resultado: El desvalor de la omisión debe ser equiparable al de la correspondiente acción.
  - Conlleva a una interpretación sistemática y teleológica, tipo por tipo, y conducta a conducta, en base a los siguientes criterios:
    - Es preciso que el tipo de lo injusto de descripción causal admite su realización por omisión.
    - No cualquier omisión de un garante realizará el tipo del delito de comisión por omisión, pese a que hubiera evitado el resultado. Sino que será preciso que el omitente tenga el dominio sobre la causa determinante del resultado (última acción que hubiera podido evitarlo). Así, el desvalor de la omisión equivale al de causación del resultado.
  - Analizados ambos criterios, aún queda un importante grado de inseguridad en la interpretación de los requisitos y límites de la comisión por omisión.
  - Por ello que, *de lege ferenda*, sería conveniente que se adoptara, de modo general, el sistema de regulación expresa de los delitos de omisión no causal y resultado, estableciendo con claridad las infracciones, autores y marcos penales en los que aplicar la comisión por omisión.

La estructura típica de los delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión) varía según sean:

- **Delitos impropios de omisión dolosos**. El tipo de lo injusto es similar al de los delitos dolosos de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales, al que se le añade un elemento nuevo:
  - La concurrencia de la situación típica.
  - La posibilidad de evitar el resultado.



  - La producción del resultado.
  - Una relación especial entre el resultado y la omisión.
  - El dolo.
  - **La equivalencia de omisión y acción según el sentido del texto de la ley**.
- **Delitos impropios de omisión imprudentes**. Su tipo también es similar al de los delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales:
  - La concurrencia de la situación típica.
  - La posibilidad de evitar el resultado.
  - La posición de garante.
  - La no realización de una acción adecuada para cumplir el mandato.
  - La inobservancia del cuidado objetivamente debido.
  - La producción del resultado, a consecuencia de la inobservancia de las reglas de cuidado.
  - La necesidad de verificar la equivalencia, desde el punto de vista de lo injusto, entre la no evitación del resultado y la causación activa del mismo. Y la necesidad de concretar la posición de garante.

4.2. LOS DELITOS DE OMISIÓN CAUSAL Y RESULTADO

Las características especiales de estas conductas omisivas, dirigidas por la voluntad a la producción de un fin, hacen que les sean de aplicación las mismas construcciones que existen para los delitos de acción y resultado.

Atendiendo a la estructura lógico-objetiva de las omisiones causales, en los delitos de omisión causal y resultado se seguirá el modelo de imputación descrito para los delitos de acción:

- Comprobar la existencia de una relación de causalidad real.
- Establecer la relevancia jurídico penal de dicha relación, aplicando los criterios ya estudiados.

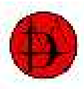
En el caso de realizaciones dolosas, el dolo tendrá la misma estructura (elemento intelectual y elemento volitivo): El omitente habrá de ser consciente y tener voluntad de la concurrencia y realización de los distintos elementos objetivos del tipo.

Conclusión: las omisiones causales realizan, sin especiales problemas, algunos tipos de resultado recogidos de las leyes penales bajo una descripción causal.

5. LO INJUSTO PERSONAL DE LOS DELITOS DE OMISIÓN: DESVALOR DE LA OMISIÓN Y DESVALOR DEL RESULTADO

Las normas que subyacen a los tipos penales son normas de determinación, tas las que se encuentran valoraciones, tanto sobre los bienes jurídicos, como sobre las conductas que suponen su lesión o puesta en peligro. Lo injusto de los delitos de omisión no puede quedar agotado con el mero desvalor del resultado, sino que, entendido como injusto personal, habrá de concurrir un determinado desvalor de la omisión.

En los delitos de omisión, la norma (mandato) se limita a ordenar la realización de una determinada acción, sin que pueda llegar a exigir la producción de un resultado, en este caso valioso: la evitación del resultado desvalorado.



El contenido de lo injusto de los delitos de omisión, al incluir el desvalor del resultado, rebasa la materia del mandato, que se limita a exigir la realización de determinadas acciones.

Hay que distinguir, por lo anterior, entre:

- Lo injusto de los delitos de omisión dolosos.
- Lo injusto de los delitos de omisión imprudentes.

5.1. LO INJUSTO PERSONAL EN LOS DELITOS DE OMISIÓN DOLOSOS

Lo injusto personal de los delitos de omisión dolosos está constituido por:

- El **desvalor de la omisión**. Integrado por todos los elementos que caracterizan la omisión como contraria al mandato, determinando su gravedad material:
  - El **dolo** y otros elementos subjetivos de lo injusto.
  - La **idoneidad de la acción omitida para logar la evitación del resultado**.
    - Elemento central en la graduación del desvalor de la omisión.
      - Será mayor el desvalor de la omisión cuando el omitente tenga el dominio sobre la causa determinante del resultado (última acción que hubiera podido evitarlo).
      - Cuanto más alejada esté la acción omitida de la puesta a salvo del bien jurídico protegido, menor será su desvalor y, por tanto, menor será la pena adecuada a la gravedad de lo injusto.
    - Imprescindible para desarrollar un sistema penal de incriminación de los comportamientos omisivos proporcionado a la gravedad material de las distintas omisiones y de estas con respecto a los delitos de acción.
  - La **infracción de los especiales deberes del omitente**. Afecta a algunas de las categorías más importantes de los delitos omisivos:
    - Los delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales.
    - Los delitos de comisión por omisión.
    - Los delitos de omisión pura de garante.
- El **desvalor del resultado**. Consiste en la lesión o puesta en peligro del concreto bien jurídico.

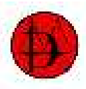
5.2. LO INJUSTO PERSONAL EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPRUDENTES

Lo injusto también se conforma con la concurrencia del:

- **Desvalor de la omisión**, determinado por:
  - La inobservancia del cuidado objetivamente debido.
  - La idoneidad de la acción omitida para lograr la efectiva evitación del resultado.
- **Desvalor del resultado**. Constituido por la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido.

Entre ambos deberá concurrir una especial relación: el resultado deberá ser uno de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.





LECCIÓN 13

ITER CRIMINIS

1. LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO

Con *iter criminis* (camino del delito) nos referimos a las fases de realización del delito.

- Fase interna.
- Fase externa.
  - Actos preparatorios.
  - Actos ejecutivos. Que darán lugar al comienzo de la tentativa.

Cuando el sujeto realiza completamente el tipo, el delito se habrá consumado. Preguntas:

- ¿En qué momento debe intervenir el Derecho penal?
- ¿De qué manera debe intervenir en relación con cada clase de actos?

1.1. LOS ACTOS INTERNOS

Los **actos internos** son los que se desarrollan exclusivamente en la mente del sujeto, sin manifestación externa.

- La tentación criminal.
- La deliberación interna entre los motivos a favor y en contra de cometer el delito.
- La resolución de cometer el delito.

Los actos internos son impunes. *Cogitationis poenam nemo patitur*, no se pueden castigar los meros pensamientos.

1.2. LOS ACTOS EXTERNOS

Los **actos externos** son los que lleva a cabo el sujeto con manifestación externa. Se distinguen dos etapas:

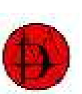
- Los **actos preparatorios**. Actos externos que realiza el sujeto para organizar y preparar la ejecución del delito. En esta etapa, la intervención del Derecho penal aun es excepcional.
- Los **actos ejecutivos**. En esta etapa, todos los actos son ya punibles.

Tras la reforma del CP efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se eliminaron las faltas, por lo que todas aquellas que fueron convertidas en delitos leves, pasan a ser castigadas, tanto si se han cometido como si han quedado en fase de tentativa.

2. LOS ACTOS PREPARATORIOS

Nuestro CP vigente recoge el principio del castigo excepcional de los actos preparatorios. Así, castiga:

- En la **Parte especial**:



- Determinados actos preparatorios como delitos autónomos:
  - Art. 270.6 CP: *"Será castigado también con una pena de seis meses a tres años quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo"*. Acto preparatorio de delitos contra la propiedad intelectual.
- Algunos delitos de apología en sentido estricto.

- En la **Parte general**, encontramos definidos actos preparatorios cuya punición está después prevista en la Parte especial:
  - La conspiración.
  - La proposición.
  - La provocación para delinquir.

2.1. LA CONSPIRACIÓN

Art. 17.1 CP: *"La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo"*. Es requisito que los sujetos hayan tomado la resolución de ejecutar el delito.

El término ejecutar es empleado en sentido amplio, pues todos los sujetos responderán como conspiradores, aunque a unos se les haya asignado la realización de actos de mera participación y a otros la realización de los actos ejecutivos.

Hay que distinguir la conspiración de la asociación ilícita:

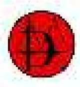
- La conspiración es un acto preparatorio castigado de manera excepcional para algunos delitos.
- La asociación ilícita, que también es un acto preparatorio, se castiga como delito autónomo en la Parte especial del CP. Art. 515 CP: *"Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo la consideración: 1.º) Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión; 2.º)Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución; 3.º)Las organizaciones de carácter paramilitar; 4.º)Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad"*.

La diferencia entre una y otra radica en la mayor estabilidad de la asociación ilícita, traducida en un cierto grado de organización y permanencia en el tiempo (STS 19/01/2007).

2.2. LA PROPOSICIÓN

Art. 17.2 CP: *"La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él"*. El sujeto proponente está decidido a cometer él mismo el delito, e invita a otras personas a que lo cometan con él.

La reforma de la LO 1/2015 estipula que, tanto si se propone a otro colaborar como coautor en el delito que se ha decidido cometer, como si se le propone colaborar como mero partícipe, se responde por proposición.



2.3. LA PROVOCACIÓN

Art. 18.1 CP: *"La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito"*. La incitación debe ser directa, entendido como expresa, excluyéndose las meras insinuaciones o alusiones indirectas.

Es importante distinguir la provocación de la inducción.

- La **provocación**. Es una incitación de carácter general, dirigida a una pluralidad indeterminada de personas.
  - Es un acto preparatorio punible.
  - Se castiga se consiga o no suscitar la comisión del delito. Si el provocador consigue que el delito se cometa, se le castigará con la misma pena que al inductor (misma que la del autor principal).
  - La provocación eficaz no es una inducción.
- La **inducción**. Art. 18.2 CP: *"La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción"*. No exige los medios de la provocación, y debe dirigirse a una persona determinada y referirse a la comisión de uno o varios delitos concretos.
  - Es una forma de participación en el delito. Así, el inductor, al contrario que el provocador, responderá solo si el inducido (autor principal) comienza la ejecución del delito, y además lo hará en función de la responsabilidad del autor; debido al principio de accesoriedad de la participación (lección 15).
  - No se castiga la inducción ineficaz.

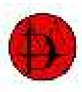
2.4. LA APOLOGÍA

Art. 18.1 CP: *"Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito"*. Figura desnaturalizada, pues exige que la apología sea una forma de provocación para que ésta sea punible y, que por su naturaleza y circunstancias, sea una incitación directa a cometer un delito. Con dicha definición, la apología en sentido estricto resulta como regla general impune.

En el CP quedan, no obstante, algunos delitos de apología en sentido estricto:

- En el art. 510 CP se recogen los delitos de apología del genocidio, de apología de los crímenes contra la humanidad y de apología de los crímenes de guerra. Pero convertidos en delitos autónomos de incitación al odio, al exigir la producción de un determinado resultado de creación de un clima de violencia o discriminación contra ciertos colectivos.
- En el art. 578 CP se recoge el delito de apología del terrorismo.

Es jurisprudencia del TC y del TS que estas formas de apología expresamente reguladas en la Parte especial del CP no tienen que cumplir los requisitos de la provocación.



3. LOS ACTOS EJECUTIVOS: LA TENTATIVA

Art. 16.1 CP: *"Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor"*. El paso de los actos preparatorios a los ejecutivos determina:

- El comienzo de la tentativa.
- El cambio de una punición excepcional a otra absoluta.

3.1. DISTINCIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y EJECUTIVOS

Teorías para definir cuando un acto externo deja de ser preparatorio para ser ejecutivo:

- **Teoría de la univocidad** (CARRARA). Mientras los actos preparatorios son equívocos, los actos ejecutivos son unívocos, pues se deduce de ellos que están dirigidos a la comisión de un delito.
  - Teoría que confunde la naturaleza del acto con problemas de prueba, lo que puede llevar a soluciones erróneas.
  - Teoría abandonada en la actualidad.
- **Teoría objetivo-formal** (BELING). Un acto es ejecutivo si está comprendido en la acción descrita en el tipo, atendiendo al sentido que el verbo típico recibe en el lenguaje cotidiano u ordinario. En aquellos tipos en los que se describe una acción mediante el uso de un verbo, que constituye su núcleo central, pero también se describen determinados modos o formas de realizarla, en lo que constituye una zona periférica, serán actos ejecutivos tanto los comprendidos en la zona nuclear como los subsumibles en la zona periférica.
  - Criterio que, a pesar de ser más acertado, puede seguir siendo impreciso, al tener que interpretarse en cada caso el verbo típico y, además, a veces puede parecer insuficiente por restringir en exceso la tentativa.
- **Teoría de la unidad natural** (FRANK). Para completar la teoría anterior con un criterio material. Se considerarían también ejecutivos aquellos actos que están tan íntimamente unidos a la acción típica, que forman parte de ella según una concepción natural.

Nuestro TS maneja en sus sentencias todo tipo de teorías, incluso combinándolas con frecuencia, y tiende a ampliar el ámbito de los actos ejecutivos en detrimento de los preparatorios, para asegurar la punición.

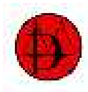
3.2. TENTATIVA ACABADA E INACABADA

La definición de la tentativa del art. 16.1 CP señala dos posibilidades:

- **Tentativa acabada**. Cuando el sujeto practica la totalidad de los actos dirigidos a producir el resultado, pero este no se produce por causas ajenas a su voluntad.
- **Tentativa inacabada**. El sujeto no ha realizado todos los actos que, según su plan, deberían llevar a la producción del resultado, por causas ajenas a su voluntad.

3.3. EL DESISTIMIENTO

3.3.1. Clases de desistimiento: desistimiento y arrepentimiento activo



Art. 16.2 CP: *"Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito"*.

Art. 16.3 CP: *"Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito"*.

De forma paralela a la tentativa acabada e inacabada, existen dos formas de desistir:

- **Arrepentimiento activo**. En la tentativa acabada, el sujeto ya ha realizado todo lo que debía y solo puede esperar a que se produzca el resultado, por lo que deberá realizar una conducta que impida la producción de aquél.
- **Desistimiento**. En la tentativa inacabada, bastará con que el sujeto desista de seguir realizándolos.

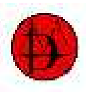
3.3.2. Requisitos del desistimiento

- El delito se debe encontrar aún en fase de tentativa, es decir, no haber alcanzado su consumación.
- El desistimiento ha de ser voluntario. No hay voluntariedad si el sujeto desiste porque las circunstancias le indican que no podrá consumar el delito o porque surgen impedimentos que no le permitirán consumar (STS 23/09/2014).
  - Dicha voluntariedad no exige espontaneidad ni que los motivos sean socialmente valiosos (SSTS 16/12/2010 y 17/09/2001).
- Según intervengan uno o varios sujetos:
  - Un único autor:
    - Si la tentativa es inacabada, basta con que el autor desista, evitando así la consumación y, con ello, la responsabilidad por tentativa.
    - Si la tentativa es acabada, debe conseguir evitar el resultado, mediante el arrepentimiento activo. Si no lo consigue, responderá por delito consumado.
  - Varios codelincuentes:
    - Si la tentativa es inacabada, el sujeto deberá dejar de ejecutar los actos que faltan para llegar al resultado e impedir o intentar impedir, seria, firme y decididamente que los demás codelincuentes lleguen a la consumación, aunque no lo consiga.
    - Si la tentativa es acabada, para quedar exento de responsabilidad por tentativa, bastará que impida o intente impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, aunque no lo consiga.

3.3.3. Efectos del desistimiento

Exime de responsabilidad penal por la tentativa del delito de cuya consumación se ha desistido. Sin embargo, si los actos realizados hasta el momento sí constituyen delito consumado diferente, el sujeto deberá responder por ese otro delito cometido.

3.3.4. Naturaleza del desistimiento



Existen tres interpretaciones que se dan de la definición de la tentativa:

- Si “varios sujetos” se refiere tanto a los autores como a los partícipes; el desistimiento es una causa personal de exclusión de la pena y que no impide, por tanto, la concurrencia del tipo de la tentativa. Porque para que el partícipe responde, necesariamente el autor debe haber actuado de forma típica (principio de accesoriedad). Interpretación que se sigue en este curso por las siguientes razones:
  - El término ejecutar se utiliza en sentido amplio. No equivale a actos ejecutivos.
  - La solución de la falta de tipo daría lugar a que el partícipe en un delito cometido por dos coautores, uno de los cuales ha desistido y el otro no, debería quedar impune por falta de tentativa del primero y a la vez responder por el principio de accesoriedad por la tentativa (o delito consumado) del segundo.
  - Si es el partícipe el que desiste, el art. 16 CP no regula el efecto del desistimiento para los partícipes. Por lo que, incluir a los partícipes en la regulación permitirá darles el beneficio del desistimiento propio.
- Si admitiéramos que el desistimiento elimina el tipo de la tentativa, el autor principal actuaría de forma atípica y los partícipes no podrían responder, al contrario de lo que establece el art. 16.3 CP.
- Si el art. 16.3 CP se refiere solo a los coautores y deja fuera a los partícipes; podría entenderse que el desistimiento elimina el tipo de la tentativa y que, por tanto, los partícipes no responden, sin que esta conclusión sea incompatible con la dicción literal del artículo, pues este hace responder solamente a los coautores que no desistieron.

3.4. SUPUESTOS DISCUTIDOS

3.4.1. La tentativa en los delitos sin desvalor de resultado y en los delitos de mera actividad

El concepto consumación puede entenderse como:

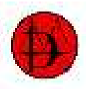
- Concepto formal. Se refiere a la realización del tipo. Conceptuación seguida en este curso.
- Concepto material. Exige la lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico.

La interpretación formal de la consumación permite apreciar la tentativa en:

- Delitos que requieren un resultado típico no identificado con la lesión de un bien jurídico, como los delitos autónomos de actos preparatorios.
- Delitos de mera actividad:
  - Bien porque esa actividad esté a su vez formada por varios actos separables y la realización de uno de ellos ya sería una ejecución parcial del delito.
  - Bien, a través de un error de tipo inverso: también constituye tentativa el intento de realizar el tipo en los casos en que el sujeto cree que concurren todos los elementos del tipo objetivo, pero en realidad falta alguno de ellos.

3.4.2. La tentativa en los delitos de omisión

Es posible la tentativa en los delitos de omisión:



- La doctrina acepta mayoritariamente la posibilidad de tentativa en los **delitos de comisión por omisión**. Sin existir acuerdo sobre la cuestión de en qué momento comienza la tentativa de omisión. Para limitar dicha posibilidad a la tentativa acabada o inacabada, existen tres criterios:
  - La tentativa comienza en el primer momento en el que fue posible la realización de una acción tendente a evitar el resultado, lo que permite hablar de tentativa inacabada hasta el momento en que el sujeto pierde su última oportunidad de evitar el resultado, en el que la tentativa será acabada.
  - La tentativa comienza en el último momento en el que el obligado podría realizar eficazmente la acción. Así, el comienzo de la tentativa coincidirá con su final: solo se admite la tentativa acabada.
  - La tentativa no comienza en el primer momento en el que el sujeto podía evitar el resultado, pero tampoco se retrasa al último. Los criterios para determinar cuándo empieza son diversos, pues la mayoría de los autores que defienden esta posición intermedia intentan trasladar a la tentativa de comisión por omisión sus propias teorías acerca del comienzo de la tentativa en los delitos de acción.
- En los **delitos de omisión pura** cabe una tentativa por un error de tipo inverso.

3.4.3. Tentativa y delito imprudente

No se concibe la tentativa en un delito imprudente, pues aquélla exige actuar con dolo. Las denominadas **tentativas imprudentes** no constituyen una tentativa real, pues la tentativa comprende siempre la voluntad de consumación, lo que en el delito imprudente nunca se da.

3.5. TIPO OBJETIVO Y TIPO SUBJETIVO

Para que exista la tentativa tienen que concurrir:

- **El tipo objetivo**. Al que le falta algún elemento, generalmente el resultado (tentativa acabada) o éste y parte de su realización típica (tentativa inacabada).
- **El tipo subjetivo**, que coincide con el del delito doloso consumado.

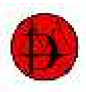
La tentativa es un tipo incongruente por defecto de tipo objetivo: el elemento subjetivo se extiende a la producción de un resultado cuya concurrencia no exige ya el tipo objetivo para afirmar la existencia de tentativa acabada, o a este y a la realización del resto de actos ejecutivos que faltan para producirlo, que no forman ya parte del tipo objetivo, en el caso de la tentativa inacabada.

La mayoría de la doctrina entiende, postura respaldada en este curso, que es posible cometer tentativa con cualquier clase de dolo, incluido el dolo eventual.

3.6. TENTATIVA IRREAL O SUPERSTICIOSA, TENTATIVA IDÓNEA, Y DELITO PUTATIVO

3.6.1. La tentativa irreal o supersticiosa

El sujeto intenta causar un resultado delictivo a través de un plan totalmente desconectado de la realidad, basándose en creencias supersticiosas o sobrenaturales.



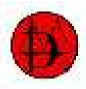
Para excluir su castigo se ha propuesto la **teoría de la impresión** (JESCHECK): estas teorías no causan alarma social sino que despierta compasión, por lo que no deberían castigarse. Teoría que carece de fundamento dogmático.

En este curso se entiende que, al tipo objetivo de los delitos dolosos de resultado pertenece tanto el resultado, como la acción y el curso causal; y al tipo subjetivo pertenece la conciencia y la voluntad de todos esos elementos del tipo objetivo. Así, el curso causal es siempre real que responde a las leyes de la naturaleza. Por tanto, realizar un curso causal irreal, constituiría una conducta atípica, no punible.

3.6.2. La tentativa idónea

La idoneidad se refiere a la adecuación del plan del sujeto para conseguir su resultado. Así, la tentativa puede ser concebida desde:

- **Posturas subjetivistas**. Seguidas por la anterior regulación del CP, que castigaban la tentativa idónea como la inidónea.
- **Posturas objetivistas**. Seguidas por el CP vigente, aunque sin acuerdo sobre cómo definir la tentativa inidónea y sobre qué clase de tentativa inidónea debe quedar impune. Las teorías surgidas al respecto se diferencia en el examen *ex ante* o *ex post* de la idoneidad del intento.
    - Teorías que examinan la idoneidad ***ex ante****.* Predomina en la actualidad. Debe realizarse un juicio de previsibilidad objetiva en el momento de darse comienzo a la acción.
        - **Tentativa idónea**. Si la producción del resultado se da como probable. Más estrictamente, se exige que el resultado aparezca como una consecuencia no absolutamente improbable en el juicio de previsibilidad objetiva.
        - **Tentativa inidónea**. Si la producción del resultado se da como improbable. Además, será impune. Más estrictamente, se exige que la producción del resultado se prevea como una consecuencia que, aun no siendo imposible, sea absolutamente improbable.
    - Teorías que examinan la idoneidad ***ex post***. Examinan el intento cuando todo ha pasado y tenemos todos los datos que nos indican por qué ese intento falló.
        - *Ex post*, toda tentativa es inidónea, pues sabemos siempre qué factor hizo que el plan no funcionara.
        - Distinguían en:
            - **Tentativa absolutamente inidónea**. Si el factor que hizo fallar ese intento habría impedido el resultado para cualquier otro caso similar. Dan lugar a:
                - **Los supuestos de inidoneidad de los medios**, donde la tentativa es absolutamente inidónea si el medio, en ningún caso, podía llevar al resultado.
                - **Los supuestos de inidoneidad del objeto**, donde la tentativa era absolutamente inidónea e impute en caso de **inexistencia** del objeto
            - Tentativa relativamente inidónea. Si el factor hizo que el intento fallara en el caso concreto, pero podría haber llevado al resultado en otras circunstancias. Dan lugar a:
                - **Los supuestos de inidoneidad del objeto**, donde la tentativa es relativamente idónea cuando se da la mera ocasional del objeto.



La idea predominante de la doctrina y la jurisprudencia es el criterio de la previsibilidad objetiva *ex ante,* por el que el CP ha acogido la solución de la atipicidad de la tentativa inidónea (STS 19/11/2014)

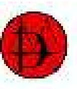
3.6.3. El delito putativo

Supuesto en el que el sujeto realiza una conducta pensando, equivocadamente, que la misma constituye delito. También se le denomina error de prohibición inverso. Siempre será impune por faltar la tipicidad.

4. LA CONSUMACIÓN DEL DELITO

Hay que distinguir entre consumación y agotamiento del delito:

- **La consumación** supone la ejecución completa del delito: la realización total del tipo.
    - En este curso se opta por la concepción formal de consumación. Así, ésta no siempre equivaldrá a la realización de un desvalor del resultado, ya que ello depende de la estructura de cada tipo penal.
- **El agotamiento del delito**, como intensificación de la lesión del bien jurídico que se produce tras la consumación y hasta la consecución del pleno daño o de la intención perseguida por el sujeto al delinquir.
    - Lo que ocurra en esta fase, por lo general, es irrelevante para graduar lo injusto de un delito ya consumado. Pero en ocasiones, el CP tiene en cuenta dicha fase para establecer consecuencias penales.



LECCIÓN 14

TEORÍA DE LA CODELINCUENCIA (I): AUTORÍA

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CODELINCUENCIA

La autoría es la última parte de la teoría de lo injusto. No obstante, se estudia ahora por la estrecha relación entre autoría y tipicidad: autor es quien realiza la conducta típica. Si en la realización de un delito concurren varias personas, estaremos ante el concepto de **codelincuencia**. Según sea tratada por el ordenamiento jurídico, pueden darse:

- **Sistema unitario de autoría**. El OJ trata por igual a todas las personas intervinientes en la comisión del delito.
- **Sistema diferenciador o restrictivo de autoría**. El OJ establece diferencias entre ellos, estableciendo distintas clases de sujetos responsables.
  - Sistema de nuestro CP vigente, art. 27 CP: *"Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices"*.
  - El **encubrimiento** ha dejado de ser una forma impropia de participación para pasar a ser un delito contra la Administración de Justicia (arts. 451 y ss. CP) o un delito de receptación (art. 298 CP).

2. EL CONCEPTO DE AUTOR. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS DELITOS DOLOSOS DE ACCIÓN

Art. 28 CP: *"Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento: También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo; b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado"*.

Son autores:

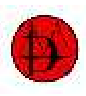
- Quien realiza el hecho por sí mismo: autor directo único o inmediato individual.
- Quienes realizan el hecho conjuntamente: coautores.
- Quien realiza el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento: autoría mediata.

Son considerados autores:

- Quienes inducen a otro u otros a ejecutar el hecho: inductores.
- Quienes cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado: cooperadores necesarios.

2.1. CONCEPTO RESTRINGIDO U OBJETIVO-FORMAL DE AUTOR

Formulado por BELING: es autor quien realiza la acción típica o alguno de sus elementos.



Considera que los preceptos que regulan la participación son causas de extensión de la pena, pues, como los partícipes no realizan elementos del tipo, si no existiesen preceptos que permitiesen castigarlos, sus conductas serían impunes.

Problema: no abarca la autoría mediata, ya que el autor mediato no realiza directamente los elementos del tipo.

2.2. CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR

Formulado por MEZGER; es autor quien interviene en el delito poniendo una condición para la comisión del mismo, siempre que no esté comprendido en alguna de las formas de participación que regula expresamente el CP.

Los preceptos reguladores de la participación no serían causas de extensión de pena, sino causas de restricción de la misma, pues si no existiesen los preceptos que castigan la participación, el sujeto respondería como autor.

Presenta problemas en los delitos especiales y en los delitos de propia mano.

2.3. CONCEPTO SUBJETIVO DE AUTOR

Parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones de VON BURI. Este concepto propugna que, desde una perspectiva objetiva no puede distinguirse entre las diferentes aportaciones de las personas que intervienen en un delito, pues todas ellas son necesarias para la producción del resultado delictivo. Así dicha distinción debe hacerse desde un plano subjetivo:

- Es autor quien quiere el hecho como propio (*animus auctoris*).
- Es partícipe quien tenga únicamente ánimo de ayudar en la comisión del delito (*animus socii*).

Problemas: Su punto de partida es incorrecto. Aunque causalmente no pueda distinguirse entre las aportaciones de los distintos intervinientes, valorativamente sí puede hacerse. Lo injusto permite considerar de forma muy distinta la actuación de cada persona, de modo que sí es posible distinguir las intervenciones desde un punto de vista objetivo.

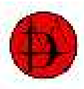
2.4. CONCEPTO FINALISTA DE AUTOR

Se basa en la teoría finalista de la acción (WELZEL):

- Es autor quien tiene el dominio finalista del hecho, es decir, tiene el control de la realización del tipo quien dirige conscientemente el curso causal hacia la producción del resultado.
- Es partícipe quien meramente apoya la realización del mismo o, bien, ha conseguido hacer nacer la resolución de cometerlo.

Al ser un concepto material, no tiene problemas para explicar la autoría mediata, dado que el autor mediato también tiene el dominio del hecho.

Problema: No es aplicable en los delitos imprudentes, ya que, en estos, el autor no dirigir su acción a la producción del resultado, ergo, no tiene dominio del hecho. Así, WELZEL tuvo que distinguir entre:



- Concepto de autor en los delitos dolosos. Sigue el concepto material; es autor quien tiene el dominio finalista del hecho.
- Concepto de autor en los delitos imprudentes. Sigue un concepto objetivo-formal; es autor quien contribuye a la producción del resultado con una conducta que no observa el cuidado objetivamente debido.

2.5. EL CONCEPTO DE ROXIN

El autor es la figura central en la realización de la conducta delictiva. Como los tipos delictivos tienen diferentes estructuras, hay que clasificar el concepto de autor según la estructura típica a la que se refiera. Así, deben existir los siguientes grupos dentro de los delitos:

- **Delitos de dominio**. El autor es quien tiene el dominio del hecho. Comprende la mayoría de los delitos dolosos.
- **Delitos de infracción de un deber**. El autor es quien infringe el deber, con independencia de su contribución a la comisión del delito. Comprende algunos delitos dolosos, los delitos imprudentes y los delitos de comisión por omisión.
- **Delitos de propia mano**. El autor es quien realiza personalmente la acción típica.

2.6. OTROS PLANTEAMIENTOS

- Concepto de MIR PUIG: Es autor a quien pertenece el hecho como suyo.
- La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho (LUZÓN PEÑA y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO).
- Concepto integrado de autor (DÍEZ RIPOLLÉS).

2.7. TOMA DE POSTURA

2.7.1. Autoría y delitos dolosos de acción

Según el art. 28 CP, el CO parece adoptar la teoría objetivo-formal de la autoría al referirse “al que realiza el hecho por sí solo”, bastando realizar el hecho típico para ser autor. Esto nos lleva a buscar razonamientos materiales.

- Si la autoría es el final de la teoría de lo injusto. El concepto de injusto que adopte el CP será esencial para determinar el concepto de autor.
- Nuestro CP parte de un concepto personal de injusto, que distingue, junto al desvalor del resultado, un desvalor de la acción. Así, lo injusto es la lesión de un bien jurídico por medio de una conducta humana, es decir, el desvalor de la acción (conducta) es un elemento básico en lo injusto, que es más que el mero desvalor del resultado.
- Así, obtenemos el criterio material: será el autor quien tenga el dominio finalista del hecho.

¿Qué relación hay entre el criterio formal y el criterio material? En este curso se considera que no se puede realizar la conducta típica sin tener dominio del hecho, lo que no impide que otra persona pueda tener también dominio del hecho.

En nuestro CP, autor es quien tiene el dominio del hecho, dominio que se manifestará:

- En la realización inmediata e individual del hecho típico: autoría inmediata individual.



- En la realización por medio de otro del que se sirve como instrumento: autoría mediata.

2.7.2. Autoría y delitos imprudentes

Sólo en los delitos dolosos de acciones podemos hablar de dominio del hecho en el sentido anterior.

En los delitos imprudentes estamos más próximos a un concepto objetivo-formal, en cuanto sólo podrá ser autor quien realice la conducta típica, aquella que no observa el cuidado objetivamente debido. Pero dicho requisito es insuficiente, debiendo distinguir entre:

- Conductas que favorecen la producción del resultado a través de la actuación de un tercero.
- **Conductas que directamente causan el resultado**, sin que sea necesaria intervención complementaria alguna. Sólo estas últimas son las conductas constitutivas de autoría en los delitos imprudentes.

¿Son aplicables al delito imprudente todas las clases de autoría reguladas en nuestro CP? No, ya que no es posible la autoría mediata ni la coautoría.

- El dominio del hecho, inherente a la autoría mediata, no puede darse en los delitos imprudentes.
- La coautoría se analiza posteriormente.

2.7.3. Autoría y delitos de omisión

Salvo en los delitos de omisión causal y resultado, en el resto de los delitos de omisión no podemos decir que se dé un dominio de los factores causales hacia la producción del resultado.

Sin embargo, cabe hablar del **dominio sobre la causa fundamental del resultado**, en aquellos casos en los que el sujeto podría, con su intervención, evitar la producción del resultado directamente, sin necesidad de intervenciones posteriores de otras personas.

3. CLASES DE AUTORÍA

3.1. AUTORÍA INMEDIATA INDIVIDUAL

Según el art. 28 CP, el autor inmediato individual es el que realiza directamente, inmediatamente, con sus manos, los actos típicos (actos ejecutivos).

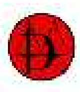
El sujeto pone de manifiesto su dominio del hecho en la realización de la conducta típica:

- En su vertiente negativa. Como capacidad de evitar que se produzca el resultado.
- En su vertiente positiva. Como la configuración concreta del hecho, dirigiendo la actividad del modo en que el sujeto quiera conseguir el fin, a través de una utilización determinada de la causalidad.

3.2. AUTORÍA MEDIATA

3.2.1. Consideraciones generales

También el art. 28 CP, cuando menciona a los que realizan el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento, regula los supuestos de autoría mediata, como aquellos en los que la realización del tipo por el



autor tiene lugar de un modo indirecto, a través de otra persona que le sirve de instrumento para cometer el delito.

Surgen problemas respecto al dominio del hecho: un sujeto (el hombre de atrás) utiliza a otra persona (instrumento u hombre de delante) para conseguir su propósito. El hombre de atrás es quien tiene el dominio del hecho.

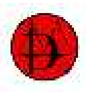
3.2.2. Autoría mediata y el autor detrás del autor

- Algunos autores entienden que no se admite la utilización de un instrumento plenamente responsable, pues se rechaza la coexistencia de varios dominios del hecho independientes entre sí.
- Otros, no aprecian problemas para admitir que pueden coexistir diversos grados de dominio del hecho. Así, podemos hablar de autoría mediata con un instrumento responsable o acudir a la figura del autor detrás del autor. Figura cuya existencia ha sido admitida por SSTS 02/07/1994 y 30/04/1979.
  - La persona de atrás tiene el dominio del hecho, pese a que también el instrumento domina la realización del hecho típico.

3.2.3. Supuestos de autoría mediata y de autor detrás del autor

Es necesario que el instrumento realice una acción en sentido estricto, pues si no se da, estaríamos ante una autoría inmediata. Así, contemplamos los siguientes supuestos de autoría mediata:

- **El instrumento no realiza siquiera el tipo objetivo del delito**. Se trata de casos en que la conducta típica exige que la actuación se realice sobre otro y no sobre uno mismo. *Por ejemplo: conseguir que un sujeto se mate a sí mismo.*
- **El instrumento realiza una conducta incluida en el tipo objetivo, pero le falta el dolo u otro elemento subjetivo de lo injusto**. En estos, se discute si en los supuestos de error sobre un elemento del tipo, este error debe ser vencible o invencible:
  - Invencible.
  - Vencible. Postura preferible, pues el dominio del hecho por el autor mediato no se ve afectado por el carácter vencible o invencible del error del instrumento.
- **El instrumento no actúa antijurídicamente, pues se encuentra amparado por una causa de justificación**.
- **El instrumento no actúa culpablemente, o su culpabilidad está disminuida**. Existen varios supuestos:
  - **Utilización de un inimputable**. Persona que padezca una anomalía psíquica, intoxicación plena (para casos en los que dicho estado le impida comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a ese comprensión), o puede utilizarse un menor de 14 años.
  - **Error de prohibición en el instrumento**. Igualmente, se discute si el error debe ser invencible o vencible, siendo preferible esta última.
  - **Coacción en el instrumento**.
- **Los aparatos organizados del poder**. Construcción ideada por ROXIN para poder castigar los crímenes nazis en la segunda guerra mundial. En estos supuestos, la delincuencia de Estado, no sólo es autor quien realiza materialmente la conducta típica, sino también los superiores jerárquicos hasta la cúspide de la cadena de mando. Los requisitos que fundamentarían el dominio del hecho en estos casos, más allá de la propia existencia de una organización o aparato de poder jerarquizado, son:
  - Dominio de la organización. Basta con tener capacidad de mando.



- Fungibilidad del ejecutor. El ejecutor debe ser fácilmente intercambiable.
- Desvinculación del Derecho de la organización: esta debe actuar como un todo al margen del Derecho.
- Esta última forma de autoría mediata es rechazada por nuestra doctrina. No obstante, el TS la ha admitido como posibilidad teórica, aunque no ha llegado a aplicarla STS 17/07/2008 sobre el atentado del 11 de marzo del 2004.

3.2.4. Delitos en los que no cabe autoría mediata

No cabe la autoría mediata en:

- Los delitos imprudentes.
- Los delitos especiales. Sólo puede ser autor quien posee determinadas características.
- Los delitos de propia mano. El desvalor de la conducta va absolutamente unido a su ejecución personal.

3.3. COAUTORÍA

3.3.1. Consideraciones generales

También el art. 28 CP comprende los supuestos de coautoría, como aquellos en los que intervienen más de un autor.

Hay que distinguir codelincuencia de coautoría:

- **Codelincuencia**. Cuando en la comisión del delito intervienen varios sujetos, con independencia de la calificación jurídica que reciba su conducta. Es el concepto genérico.
- **Coautoría**. Cuando en la comisión del delito intervienen varios autores. Es el concepto específico.

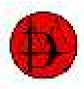
3.3.2. Elementos

Para que exista coautoría es necesario que varias personas se pongan de acuerdo para realizar el hecho y que cada una de éstas realicen algún elemento del tipo (actos ejecutivos). Estos actos típicos pueden hacerse a través de un instrumento, cabiendo la posibilidad de coautores mediatos.

Desde la perspectiva del CP, no resulta decisivo si la contribución es esencial o inesencial, sino si el hecho se realiza conjuntamente (coautoría), o si se realiza de forma no conjunta (dando lugar a otras formas de codelincuencia). No pareciendo que realización conjunta pueda ser otra cosa que la realización de actos ejecutivos (actos típicos).

No obstante, la postura dominante del TS y de la doctrina discrepa de lo anterior, que exigen los siguientes elementos para apreciar la coautoría:

- **Acuerdo de voluntades**. Las personas deben haberse puesto de acuerdo para la comisión del delito. El mismo puede ser expreso o tácito, así como anterior o simultáneo a la comisión del delito.
- **Realización de actos típicos**: el problema del dominio funcional del hecho. Surge la necesidad de determinar en qué supuestos se puede tener el dominio del hecho pese a no realizar actos típicos en estos casos de coautoría:



- **El problema de los actos preparatorios**.
  - WELZEL. Es posible tener el dominio del hecho aunque se realizase un mero acto preparatorio, de forma que habría coautoría cuando el sujeto era coportador de la resolución delictiva.
  - ROXIN. No es posible tener el dominio del hecho realizando meramente actos preparatorios pues, por muy importante que sea el mismo, llegará un momento en que termina la aportación y será otro el que tendrá que realizar los actos ejecutivos, de forma que será quien realmente puede decidir si se comete o no el delito (teniendo el dominio del hecho).
- **El dominio funcional del hecho**. La falta de dominio del hecho en la actuación que consiste en actos preparatorios deja únicamente un grupo de casos para la polémica: los casos en que se realizan actos no típicos (no ejecutivos), pero que tienen lugar de manera simultánea a la fase ejecutiva del delito.
  - Para que pueda darse un dominio funcional del hecho es necesario que los actos que realiza el sujeto sean esenciales, según el plan delictivo, para la comisión del delito, de forma que sin su realización no se hubiese llevado a cabo el mismo. Aquí el sujeto será coautor.
  - En el caso contrario, si fuera no esencial, no habrá dominio funcional del hecho, y el sujeto será partícipe.
  - Doctrinalmente, se sostiene que quien tiene el dominio funcional del hecho realiza el delito conjuntamente con los que realizan elementos del tipo. Jurisprudencialmente, existen referencias de una concepción muy extensiva de la coautoría.
  - En este curso, se considera incorrecta esta postura, ya que nuestro CP contiene la figura del cooperador necesario: aquel que coopera con una contribución sin la que el acto no se hubiese efectuado y, dado que recibe la misma pena que el autor, debería evitarse interpretaciones extensivas de la coautoría.

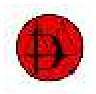
3.3.3. Coautoría y delitos imprudentes

La necesidad de un acuerdo de voluntades para la existencia de la coautoría confluye en la discusión sobre si puede existir coautoría en los delitos imprudentes o no.

- Un sector de la doctrina, y la postura de este curso, entiende que no se puede admitir la coautoría en los delitos imprudentes, pues no puede darse un acuerdo de voluntades dirigido a la comisión del delito.
- La opinión dominante sí admite la coautoría en los delitos imprudentes. Aunque no habrá un acuerdo de voluntades dirigido a la producción del resultado, es posible (según ellos) que exista un acuerdo de voluntades para realizar una acción imprudente, que no responda al cuidado objetivamente debido.
  - El TS admite la coautoría en los delitos imprudentes, pero distinguiéndola de lo que es la concurrencia de varias conductas imprudentes, sin acuerdo de voluntades. Es decir, cuando varias acciones imprudentes confluyen en la producción del resultado, no son supuestos de coautoría, sino que cada sujeto será autor de un delito imprudente.

3.4. EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

3.4.1. Consideraciones generales



Art. 31 CP: *"El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre"*.

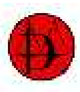
Este artículo se introdujo para evitar la posible impunidad que ocurriría en los delitos especiales, cuando la persona, que realiza la conducta típica en representación de otro, no tuviese las características necesarias para ser autor del delito (sería impune), mientras que la persona en cuyo nombre ha actuado, que sí ostenta esas cualidades, no ha realizado la conducta típica, de forma que también quedaría impune.

3.4.2. Fundamento

La legitimación de esta figura se basa en los siguientes dos argumentos:

- **Representación y teoría de la disociación**.
  - La persona que realizaba materialmente la conducta lo hacía representando a la persona en cuyo favor se actuaba.
  - Teoría de la disociación: unos elementos típicos (la actuación) se daban en una persona y otros (las cualidades necesarias) se daban en otra persona, el representado.
- **Dominio social como criterio material** (GRACIA MARTÍN). El sujeto que no tiene las cualidades de autoría accede materialmente a la posición del autor y, por tanto, tiene el dominio social sobre el bien jurídico (posibilidad de lesionarlo), que tienen los autores en los delitos especiales.

El vigente CP no se basa en la ida de representación, pues admite que se actúe no solo como administrador de hecho o de derecho o en representación legal o voluntaria de una persona física o jurídica, sino también en nombre de otro, que puede ser tanto una persona física como jurídica, sin exigir ya una representación.



LECCIÓN 15

TEORÍA DE LA CODELINCUENCIA (II): PARTICIPACIÓN

1. LA PARTICIPACIÓN

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

El art. 27 CP distingue entre autores y cómplices (partícipes).

El art. 29 CP: *"Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*". Los cómplices cooperan con actos que no son esenciales para la realización del hecho, por lo que son partícipes y no cooperadores necesarios.

Art. 61 CP: *"Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada"*. De lo que se desprende, que las penas establecidas en la parte especial se aplican a los autores, en sentido propio, a los inductores y a los cooperadores necesarios, cuando el delito se ha consumado.

Art. 63 CP: *"A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito"*.

1.2. CLASES DE PARTICIPACIÓN

1.2.1. Según la forma o la clase de la aportación

- **Participación moral**. El inductor (autor moral o autor intelectual del delito) despierta, a través de medios psíquicos, la decisión de cometer el delito en el autor.
- **Participación material**. Cooperación necesaria y complicidad. En estos casos se acentúa la aportación a la comisión del delito que supone la conducta de participación.

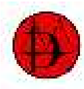
1.2.2. Según el momento en que se realiza la aportación

- **Participación propia**. La contribución al delito se realiza antes o durante la ejecución del mismo. Comprende: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad.
- **Participación impropia**. La colaboración se realiza con posterioridad a la ejecución del delito. No se trata de una participación *sensu estricto*, sino que el encubrimiento se regula ya como delito independiente.

2. NATURALEZA DE LA PARTICIPACIÓN

La participación se produce en lo injusto cometido por el autor, y no en la culpabilidad del mismo. Consiste en colaborar en la ejecución del delito que lleva a cabo el autor. Así, la responsabilidad del partícipe dependerá de la conducta del autor; es la denominada **accesoriedad de la participación**, que tiene dos facetas:

- **Accesoriedad cuantitativa**. Grado de realización del hecho delictivo por parte del autor necesario para poder castigar a los partícipes. Existe unanimidad en exigir un principio de ejecución de la conducta



del autor para poder castigar a los partícipes, salvo que la conducta del partícipe constituya por sí misma un acto preparatorio punible.

- Implica la dependencia del partícipe respecto de lo que realmente realice el autor. Si no se consuma el delito, no podrá haber participación más que en un delito en grado de tentativa.
- Sólo cuando el autor consuma el delito, puede castigarse la participación como delito consumado.

- **Accesoriedad cualitativa**. Referida a las características del delito que debe presentar la conducta del autor para considerar punibles las conductas de participación. Existen cuatro teorías al respecto:
  - **Accesoriedad mínima**. La punición del partícipe sólo requiere que la conducta del autor sea típica.
    - En este curso se considera preferible. Al considerar el término hecho, como conducta típica, es la que mejor se ajusta a una concepción personal de lo injusto como la que rige en nuestro CP. Así, la conducta del partícipe será punible aunque el aturo actúe amparado por una causa de justificación, salvo que concurra una causa de justificación también en la conducta del partícipe. De este modo, para castigar al partícipe basta con que la conducta del autor sea típica, sin que llegue a ser también antijurídica.
      - Excepción: el partícipe quedará también impune cuando conozca la concurrencia de una causa de justificación en la conducta del autor.
  - **Accesoriedad limitada**. La punición del partícipe requiere que la conducta del autor sea típica y antijurídica.
    - Es la teoría dominante en nuestro país (arts. 28 y 29 CP).
  - **Accesoriedad máxima**. La punición del partícipe requiere que la conducta del autor sea típica, antijurídica y culpable.
  - **Accesoriedad extrema o hiperaccesoriedad**. La punición del partícipe requiere que la conducta del autor sea típica, antijurídica, culpable y punible.

3. ELEMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN

La participación requiere de un elemento objetivo y de un elemento subjetivo.

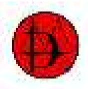
3.1. ELEMENTO OBJETIVO

El elemento objetivo, que es la conducta de participación del sujeto en el delito, es requisito para la realización de la conducta típica por parte del autor.

3.1.1. Participación psíquica

Existen supuestos en los que el partícipe no ha realizado condición alguna para la realización de la conducta delictiva por parte del autor. En estos supuestos, unos son causales y otros no, siendo éstos los que plantean discusiones: si no hay una contribución causal no puede decirse que se haya participado en la ejecución del delito, dado que la participación exige que la conducta sea una condición de la concreta forma de realizar la conducta delictiva.

3.1.2. Participación por omisión



En un primer momento, el TS no aceptada la participación por omisión. Posteriormente, la fue admitiendo, pero exigiendo los siguientes requisitos:

- **Elemento objetivo**: constituido por la omisión.
  - En la cooperación necesaria, debe ser causal del resultado típico.
  - En la complicidad, basta con que sea eficaz.
- **Elemento subjetivo**: voluntad dolosa.
- **Elemento normativo**: el específico deber de actuar que resulta de la posición de garante.

En este curso: sí puede darse una participación por omisión, siendo necesario:

- Que la omisión haya facilitado la comisión del delito (no existiendo relación de causalidad).
- Que el sujeto ocupe una posición de garante.
- En los supuestos en que no exista la equivalencia entre la omisión y la comisión activa en contenido de lo injusto, se podrá acudir a la participación por omisión, siempre que la misma sea equivalente, desvalorativamente, a una conducta de participación.

3.2. ELEMENTO SUBJETIVO

Consiste en el acuerdo de voluntades entre el autor y el partícipe. Dicho acuerdo exige previamente la existencia del dolo del partícipe, entendido como conciencia y voluntad de participar en la conducta típica del autor.

3.2.1. El dolo del partícipe

El dolo del partícipe implica que éste conoce y quiere participar en la comisión del delito, siendo suficiente el dolo eventual.

3.2.2. El acuerdo de voluntades

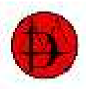
El acuerdo puede ser expreso o tácito y, además, anterior o simultáneo a la comisión del hecho.

3.2.3. La teoría del acuerdo previo

Cuando varias personas se ponían previamente de acuerdo para cometer un delito, todos eran coautores, con independencia de la forma en que cada uno contribuyese a la comisión del mismo. Incluso el TS llegó más allá, considerando a todos coautores cuando uno de ellos se excedía del plan delictivo acordado y cometía algún delito que no estaba incluido en el plan.

Esta teoría fue abandonada por el TS. En la actualidad, ya no se responde por el exceso que pueda cometer uno de los codelincuentes. Si existe un acuerdo previo para cometer un delito y uno se excede, cada uno responderá por lo acordado para su forma de contribución al delito, respondiendo del exceso únicamente el que se excedió.

4. LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS



En la comisión de un delito pueden concurrir circunstancias agravantes y atenuantes. ¿Es posible extender las que concurran en uno de los codelincuentes a los demás? Hablamos de **comunicabilidad e las circunstancias**.

Art. 65 CP: *"1.) Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran: 2.) Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito; 3.) Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamenten la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate"*.

4.1. Tipos agravados y atenuados

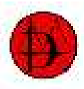
El art. 65 CP es aplicable a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (regulada en los arts. 21 al 23 CP), circunstancias genéricas. El problema surge cuando se tata de decidir si el precepto es aplicable a las circunstancias atenuantes y agravantes que el legislador regula en la Parte Especial para formar tipos agravados o atenuados.

- **Art. 65 CP aplicable**: sería posible que autores y partícipes respondiesen por delitos con un título jurídico distinto, es decir, individualizar las responsabilidades según la concreta situación de cada uno.
  - Opinión dominante, ya que es más justo y se adecúa mejor en nuestro CP. Dicha adecuación surge de la interpretación *contrario sensu* del art. 67 CP, que regula el **principio de inherencia**: las reglas de determinación de la pena en función de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no se aplican a las circunstancias agravantes o atenuantes con las que el legislador forma tipos agravados o atenuados. Dicho artículo excluye la aplicación en el art. 66 CP, ergo los demás son aplicables.
- **Art. 65 no aplicable**: conllevaría que el principio de unidad del título de imputación y la accesoriedad de la participación, harían que todos los partícipes respondiesen del delito cometido por el autor. Por lo que no se individualizarían las responsabilidades y el autor decidiría el delito cometido, por el que también responderían los partícipes.

4.2. Delitos especiales

El art. 65 CP presenta problemas, también de aplicabilidad, para su aplicación en los delitos especiales. Primero debe recordarse la diferenciación entre delitos especiales propios e impropios:

- Propios: No tienen una figura común paralela, por lo que la individualización de responsabilidad llevaría a la impunidad del partícipe. Así, en estos, las características del autor que exige el tipo son elementos que fundamentan lo injusto y, por tanto, están fuera del ámbito de aplicación del art. 65 CP. Esto implica que el partícipe debe ser castigado como partícipe en un delito especial propio (art. 65.3 CP).
- Impropios: Tienen una figura común paralela que puede ser cometida por cualquiera.
  - Art. 65 CP aplicable: Debe aplicarse también en los delitos especiales impropios.
  - Art. 65 CP no aplicable: porque la naturaleza de la participación debe llevar a que los partícipes respondan del delito cometido por el autor.



5. FORMAS DE PARTICIPACIÓN

El CP regula como formas de participación: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad.

5.1. INDUCTORES

5.1.1. Concepto y consideraciones generales

El inductor es quien consigue que otra persona adopte la resolución de voluntad de cometer el delito. Debe conseguirlo por medios psíquicos, sin que sea suficiente con crear una ocasión favorable a la comisión del delito, de modo que así el autor adopte la resolución de voluntad de cometerlo.

Pese a que el art. 28.2 CP considera autor al inductor, hay que insistir en que es un mero partícipe en la conducta delictiva que lleva a cabo otra persona, considerado autor sólo a efectos de pena.

La responsabilidad del inductor estará en función de la del autor:

- Si el inducido consuma el delito, el inductor responderá de inducción a un delito consumado.
- Si el inducido no logra consumar el delito, quedando en grado de tentativa, el inductor será castigado como inductor a un delito en grado de tentativa.
- Si el inducido ni siquiera da comienzo a la ejecución del delito, el inductor quedará impune. No está prevista en nuestro CP la tentativa de inducción.

5.1.2. Requisitos de la inducción

La inducción debe ser:

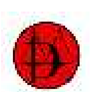
- **Directa**: La inducción debe ir dirigida a una persona o personas determinadas, para la comisión de un delito concreto.
  - Nuestro CP excluye la punición de la inducción en cadena: el inductor del inductor es impune. No obstante, el TS en su STS 121/2007 de 22 de febrero, castigó al primer inductor y al intermediario (inductor directo) en un delito consistente en que el primero encargaba al segundo que contratara a un tercero para matar a alguien.
- **Eficaz**: debe hacer que el inducido de comienzo al menos a la ejecución del delito. Pues en el caso contrario, la inducción será impune, salvo que cumpla los requisitos de la proposición.
- **El agente provocador**: Aquel sujeto que provoca la comisión de un delito para poder detener a quien lo comete. Aunque debería ser considerado inductor, éste resulta impune debido a que actúa sin dolo: aunque quiere que el delito se comience, no quiere que se consuma. El TS no castiga al agente provocador.

5.2. COOPERADORES NECESARIOS Y CÓMPLICES

La cooperación necesaria y la complicidad son conductas de contribución a la realización del delito:

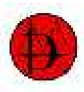
- **Cooperación necesaria**: Consisten en un acto sin el cual no se habría efectuado el delito.
- **Complicidad**: No exige que el acto sea imprescindible para efectuarse el delito.

5.2.1. Teorías de distinción



Para distinguir entre cooperación necesaria y complicidad, la doctrina propone distintas teorías:

- **Teoría del caso concreto.** El cooperador necesario, con su conducta, pone una condición sin la que el delito no se hubiese realizado o se habría realizado de modo diferente.
  - Problemas: Apenas dejaría espacio para la complicidad, pues sólo podrían incluirse en la misma, conductas que ni siquiera supusieran una condición de la comisión de un delito. Para contrarrestarlo:
    - ANTON ONEGA: propuso referirse a la producción el resultado y no a las modalidades de la acción, de modo que cooperador necesario sería quien pone una condición sin la que el resultado no se habría producido; mientras que cómplice sería el que pone una condición que afecta solo al modo o forma de realización del delito.
    - RODRIGUEZ MOURULLO: propuso considerar cooperación necesaria a la colaboración de la que depende la comisión del delito; siendo complicidad la colaboración de la que depende solo la forma de comisión del delito.
  - Perdurara el problema, ahora, al centrarse en el desvalor del resultado, menospreciando la importancia que en el Derecho penal tiene el desvalor de la acción.
- **Teoría abstracta.** Hay que prescindir del caso concreto y averiguar si la forma de cooperación es necesaria para la comisión del delito o no. Si lo fuese, sería cooperación necesaria, si no, complicidad.
  - Problema:
    - Deja sin contenido a la cooperación necesaria.
    - Las dificultades de prueba que plantearía la demostración de si otra persona hubiese podido o no realizar la conducta de cooperación y también la incorrección de hacer depender la responsabilidad de una persona, no de su efectiva aportación, sino de lo que el autor hubiese podido o no conseguir.
- **Teoría de los bienes escasos** (GIMBERNAT ORDEG): la conducta será cooperación necesaria si era difícil de conseguir (bien escaso); será que será complicidad si el autor podía conseguirla fácilmente (bien abundante).
  - Problemas:
    - Abandona el enfoque causal de la figura del cooperador necesario.
    - Inexistencia de relación entre la importancia de la contribución y la mayor o menor facilidad de su consecución.
    - Dependencia del medio social del autor del delito.
- **Teoría relativa de los bienes escasos**. Parte de la teoría anterior, pero restringiendo el marco de los codelincuentes. Si la contribución que prestó el sujeto podría haberla prestado otro de los codelincuentes que participaron en el delito: complicidad. Mientras que en otro caso, cooperación necesaria.
  - Problemas:
    - Mismos problemas que la anterior, salvo el abandono del enfoque causal.
    - La responsabilidad depende de lo que pudiesen hacer otros y no sólo de lo que uno hizo.
- **Negación de la distinción**. El escaso éxito de las teorías anteriores, lleva a que otros autores consideren que la distinción es una tarea irresoluble, que manifiesta el carácter obsoleto de la figura del cooperador necesario. Proponen la desaparición de dicha figura y el establecimiento de una



atenuación solo facultativa para el cómplice, que ofrecería la posibilidad de castigar a los partícipes que así lo mereciesen con la pena del autor, pero de modo técnicamente correcto.

5.2.2. Toma de postura

Con independencia de las propuestas *de lege ferenda*, el CP vigente distingue, y es importante, entre cooperador necesario y cómplice.

Partiendo del rechazo de la idea del dominio funcional del hecho y, con ello, la posibilidad de que el cooperador necesario sea coautor, aplicamos las siguientes ideas:

- La distinción se basa en el carácter esencial o no de la aportación.
- Desde una perspectiva *ex ante*:
  - **Cooperación necesaria**: cuando la ausencia de dicha aportación determinaría que el delito no se habría efectuado, sin necesidad que esta fuera simultánea a los actos ejecutivos.
  - **Complicidad**: Si se tratara de una mera contribución anterior o simultánea al delito, pero sin la cual, este se hubiera podido realizar.
- La importancia de la contribución depende más de su significado según el plan de los autores, que del momento temporal en que se presta.

6. PARTICIPACIÓN Y DELITOS IMPRUDENTES

El finalismo parte de un sistema unitario de autoría en el delito imprudente, considerando autor a quien realiza una conducta que no observa el cuidado objetivamente debido. Así, se rechaza la posibilidad de que existiese participación imprudente o participación en un delito imprudente.

Sin embargo, en este curso se considera que, cualquier conducta imprudente no supone, sin más, una conducta de autoría. Por lo que se distinguen tres supuestos en la doctrina:

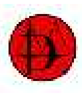
- Participación imprudente en delito imprudente.
- Participación dolosa en delito imprudente.
- Participación imprudente en delito doloso.

6.1. PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE EN DELITO IMPRUDENTE

Al rechazar la posibilidad de coautoría imprudente, no puede darse un acuerdo de voluntades dirigido a la realización de lo injusto de un delito imprudente de resultado. Ergo, no puede haber participación imprudente en un delito imprudente.

6.2. PARTICIPACIÓN DOLOSA EN DELITO IMPRUDENTE

La participación requiere que exista en el autor la decisión de realizar el hecho (dolo), lo que, por definición, falta en los delitos imprudentes, en los que el autor no quiere que se produzca el hecho (actúa sin dolo). Además, el principio de accesoriedad impediría castigar al autor por un delito (el tipo imprudente) y al partícipe por otro delito distinto (el tipo doloso). Ergo, no puede darse la participación dolosa en delito



imprudente. Normalmente, serán casos de autoría mediata de un delito doloso con un instrumento que actúa imprudentemente.

6.3. PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE EN DELITO DOLOSO

Igualmente, la participación requiere un acuerdo de voluntades, que no se da, y por tanto, tampoco el dolo del partícipe. Pero tampoco implica que sea delito imprudente, pues no todo aquel que realiza una conducta que no responde al cuidado objetivamente debido es autor.

7. LA CODELINCUENCIA EN LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Art. 30 CP: *"1.) En los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.*

2.) Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º) Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo; 2º) Los directores de la publicación o programa en que se difunda; 3º) Los directores de la empresa editora, emisora o difusora; 4º) Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3.) Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior".

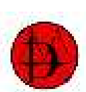
7.1. FUNDAMENTO DE LA REGULACIÓN

Dicho art. contiene una regulación específica que combina dos principios:

- **Principio de limitación**. Trata de reducir el círculo de personas responsables, en detrimento del derecho fundamental a la libertad de expresión e información.
- **Principio de efectividad**. Contrapunto al anterior, busca que siempre haya un responsable, estableciéndose para asegurar un sistema de responsabilidad en cascada.
- Como alternativa al sistema anterior, se plantea el **criterio del gerente responsable.** Responden siempre el autor y el responsable de la publicación, programa o empresa, que, por supuesto, deberá actuar con dolo o imprudencia.

7.2. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA

- La responsabilidad queda limitada a los autores en el sentido del art. 28 CP: autores en sentido estricto (autor inmediato individual, coautores y autores mediatos) y los que son considerados autores (inductores y cooperadores necesarios). Así, los puntos 2º, 3ºy 4º del art. 30.2 CP, deberán ser inductores o cooperadores necesarios para poder responder penalmente.
- Responsabilidad en cascada: sólo se puede perseguir a unas personas en defecto de otras. Así, perseguir a una persona implicará que no podía perseguirse a las que se encuentren en los números anteriores de dicho art. 30.2 CP.
- La responsabilidad en cascada no implica responsabilidad objetiva, y por tanto, una vulneración del principio de culpabilidad, pues cualquiera de las personas a las que se refiere dicho art. podrá invocar, para quedar exento de responsabilidad criminal, una causa de exclusión de la culpabilidad.



- El régimen es aplicable a los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social, a través de los medios de difusión mecánicos, y se discute si también lo es a las publicaciones en Internet.



LECCIÓN 16

LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

1. EL DELITO COMO ACCIÓN ANTIJURÍDICA. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: SISTEMÁTICA

1.1. LOS EFECTOS DE LA APRECIACIÓN DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

- Toda acción típica es antijurídica si no concurre una causa de justificación. Sin concurriese, sigue siendo típica pero no antijurídica, sino lícita. La realización de la conducta justificada supone un valor que compensará el desvalor que comportaba la conducta típica.
- Las causas de justificación excluyen la responsabilidad penal, así como la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito.
- Las causas de justificación eliminan la posibilidad de imponer medidas de seguridad, ya que para su imposición se requiere la comisión de un delito (conducta típica y antijurídica).

1.2. SISTEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La mayoría de las causas de justificación está definidas en el art. 20 CP, como un catálogo de eximentes: la legítima defensa, el estado de necesidad cuando el mal causado es menor que el que se trata de evitar, y el obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un legítimo derecho, oficio o cargo.

Art. 20 CP: *"Están exentos de responsabilidad criminal:*

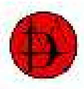
1º. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá la pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2º. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas, tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3º. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4º. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas; Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5º. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.



6º. El que obre impulsado por miedo insuperable.

7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código".

Otras causas de justificación se encuentran reguladas en la Parte Especial del CP, al afectar a un delito o grupos de delitos concretos, como ejemplo:

- La *exceptio veritatis* en las injurias. Art. 210 CP: *"El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos o sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas"*.
- El consentimiento de lesiones. Art. 156.1 CP: *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento que se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales"*.

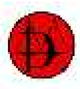
1.3. CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN CONFORME A SU FUNDAMENTO Y CONFORME A SU ESTRUCTURA TÍPICA

La clasificación de las causas de justificación conforme a su fundamento puede seguir diversos criterios, todos defendibles, cuyo desarrollo carece de interés en este curso.

- Unos autores distinguen:
  - Aquellas que se basan en el principio de la ausencia de interés.
  - Aquellas que se basan en el principio del interés preponderante.
- Otros autores: todas las causas de justificación se basan en un interés o valor preponderante.
- Otros autores: el fundamento de éstas es mucho más complejo, ya que en él se entrecruzan diversos principios.

La **clasificación de las causas de justificación conforme a su estructura típica** sí resulta imprescindible conocerla. Al igual que existen tipos de lo injusto a los que subyace un mandato (delitos de omisión) o una prohibición de actuar (delitos de acción), existen **los tipos de justificación**, a los que subyace una autorización de actuar de determinada manera en ciertas circunstancias. Éstos también contienen elementos objetivos y subjetivos, y atendiendo a la relación entre ambos, se distinguen:

- **Tipos incongruentes**. En ellos, la parte subjetiva del tipo de justificación excede a la parte objetiva. El tipo subjetivo de la causa (finalidad justificante) queda resaltado por el recorte del tipo objetivo; originando **causas de justificación de resultado cortado y mutiladas de varios actos**, que adelantan los efectos justificantes a un momento anterior al de la producción del resultado valioso.
  - Finalidad: Promover la realización de la acción justificante, ya que la penalización que supondría no apreciar la eximente completa en caso de frustración del fin salvador podría desincentivar el emprendimiento de estas acciones de salvación.
- **Tipos congruentes**. En ellos, la parte subjetiva abarca toda la parte objetiva del tipo, coincidiendo con ella.



- Finalidad: No se pretende promover la realización de la conducta, sino que solo se tolera cuando da lugar a un resultado positivo.

2. EL TIPO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. ELEMENTOS OBJETIVOS Y ELEMENTOS SUBJETIVOS

Los tipos de las causas de justificación contienen elementos objetivos y elementos subjetivos.

- **Los elementos objetivos del tipo**. Por lo general, definirán la situación en la que está permitido actuar y las características externas de la acción justificada.
- **El elemento subjetivo del tipo**. La finalidad configuradora de la acción justificada (la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos de la causa de justificación).
    - En las **causas de justificación de resultado cortado y mutiladas de varios actos**, podemos distinguir:
        - **Dolo de justificación**. La parte de la finalidad de actuar que es congruente con el tipo objetivo recortado.
        - **Elemento subjetivo de justificación trascendente**. La finalidad que trasciende al tipo objetivo, referida al resultado valioso.

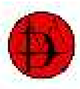
Siguiendo el paralelismo con el tipo de lo injusto, también durante mucho tiempo se negó la existencia de elementos subjetivos en el tipo de la causa de justificación. Motivos:

- Por confundirlos erróneamente con móviles, con una intención directa de primer grado, o con la conciencia de la licitud de la conducta.
- Por no haber comprendido la estructura de resultado cortado de la mayoría de las causas de justificación. El elemento subjetivo de la justificación es compatible con otros fines simultáneos, o incluso con móviles.

En la actualidad, también se ha intentado una objetivación de la justificación, que rechaza la exigencia de elementos subjetivos trascendentes, sustituyendo la intención referida al resultado o a la realización de actos posteriores, por la idoneidad de la acción. Lo que plantean numerosos problemas, entre otros:

- La inclusión de un elemento que no está expresamente recogido en el tipo de la causa de justificación, como es la idoneidad de la conducta para producir el resultado valorado, supone una interpretación restrictiva contraria al reo.
- La absoluta objetivación de lo justificante, al igual que la de lo injusto, solo es posible en situaciones de tentativa acabada, pues solo en ellas es posible apreciar de forma objetiva la idoneidad o la peligrosidad de la acción. Por ello, esta construcción falla cando se enfrenta a las causas de justificación mutiladas de varios actos, ya que en ellas no es posible definir lo justificante con criterios meramente objetivos.

No pertenecen al tipo de lo justificante, determinados requisitos introducidos en la definición legal de una causa de justificación que no hacen referencia a la conducta valiosa que el ordenamiento promueve o tolera con la intención de salvaguardar un interés preponderante, sino a determinados límites introducidos por motivos político criminales. Al no tratarse de elementos objetivos del tipo de lo justificante, el elemento subjetivo tampoco necesita extenderse a los mismos.



Las causas de justificación son aplicables tanto a los delitos dolosos como a los imprudentes. En ambos casos deben concurrir sus elementos objetivos y subjetivos.

No existe, en ningún caso, una justificación meramente objetiva. La misma supondría prescindir de las normas de determinación, y el Derecho penal acabaría siendo un mero distribuidor de responsabilidades por hechos comprobados *ex post*, en lugar de un instrumento eficaz para la protección de bienes jurídicos, que solo puede funcionar mediante normas de determinación.

3. LA EXCLUSIÓN DE LO INJUSTO: VALOR DE LA ACCIÓN Y VALOR DEL RESULTADO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La causa de justificación opera compensando el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, que constituyen en injusto típico, mediante un valor de acción y un valor de resultado.

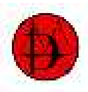
- **Valor de acción de la justificación**. Está constituido por la acción justificada, de la que forman parte la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo de las causas de justificación, los demás elementos subjetivos de justificación y el desarrollo externo.
- **Valor de resultado de la justificación**. Determinado por la consecución del valor pretendido por la causa de justificación. La mayoría de las causas de nuestro OJ solo exigen el valor anterior.

El valor de acción siempre tiene que existir, sin embargo, el valor de resultado no es preceptivo. Así, podemos distinguir entre:

- **Causas de justificación en las que sólo existe un valor de acción**.
  - El legislador pretende promover la realización de determinadas acciones dirigidas a fines valiosos, por lo que renuncia a la efectiva producción del valor de resultado.
  - La exigencia del valor de resultado podría resultar disuasoria del emprendimiento de dichas acciones.
  - Se configuran típicamente como causas de justificación de resultad cortado o mutiladas de varios actos.
  - El legislador otorga al valor de acción el efecto compensador del desvalor de lo injusto para justificar la conducta típica.
  - La realización parcial del valor de acción, dará lugar a na compensación parcial del desvalor de lo injusto, a través de la aplicación de las eximentes incompletas como atenuantes.
- **Causas de justificación que exigen la efectiva producción del valor de resultado**.
  - El legislador no quiere promover determinadas acciones, sino que las contempla como lícitas cuando las mismas comportan tanto un valor de acción como el correspondiente valor de resultado.
  - La mera realización del valor de acción, dará lugar a una compensación parcial del desvalor de lo injusto, a través de la aplicación de las eximentes incompletas como atenuantes.

3.1. SUPUESTOS DISCUTIDOS: LA AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN Y LA CREENCIA ERRÓNEA DE QUE CONCURREN LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE JUSTIFICACIÓN

3.1.1. La ausencia del elemento subjetivo de justificación



La falta del elemento subjetivo de justificación, bien porque falte todo él o bien porque falte la parte trascendente al tipo objetivo en las causas de justificación de resultado cortado y mutiladas de varios actos, conlleva la no concurrencia del tipo de justificación.

Si no existe la finalidad de evitar un mal, no concurre el valor de acción exigido. Y a falta de un valor de acción, no se puede afirmar la existencia de un valor de resultado, pues necesariamente este tiene que provenir de un valor de acción.

Así, cuando la salvación del bien se produce de forma meramente casual, sin que el sujeto conozca que se dan las circunstancias objetivas de una causa de justificación, ni haya actuado con intención salvadora; no puede aplicarse la eximente, ni completa ni parcial. Es decir, la conducta sería típica y antijurídica.

Errores doctrinales:

- No obstante, gran parte de la doctrina confunde los elementos objetivos de las causas de justificación de resultado cortado con el valor de resultado de la correspondiente causa de justificación, cuando dichos elementos solo son la descripción externa de la conducta, y por tanto, forman parte del valor de acción.
- Afirman que puede existir un valor de resultado que no provenga de un valor de acción. Esto supondría renunciar a la concepción de lo injusto como la infracción de una norma de determinación. Así, han diseñado diferentes soluciones para el supuesto de ausencia del elemento subjetivo de justificación:
  - Al darse ese presunto valor de resultado queda compensando el desvalor del resultado y, subsistirá únicamente un injusto parcial consistente en un desvalor de acción. Para castigarlo proponen condenar solo por tentativa.
  - Aplicar en estos casos una eximente incompleta como atenuante.
  - Aplicar una mera atenuante por analogía.

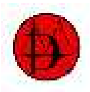
Todas estas soluciones comparten la tesis de la justificación separada, por la que se puede compensar únicamente el desvalor de resultado sin necesidad de que exista un valor de acción. Parten de premisas incorrectas.

3.1.2. La creencia errónea de que concurren los elementos objetivos del tipo de justificación

En estos casos sí concurren los elementos subjetivos del tipo de la causa de justificación, pero no los elementos objetivos. Así, el sujeto intenta, sin conseguirlo, realizar el tipo de la causa de justificación: **tentativa de justificación**. Esta también es posible en las causas de justificación de resultado cortado y mutilada de varios actos cuando falte algún elemento objetivo de dicho tipo y el sujeto lo desconozca.

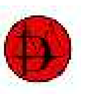
Para quienes separan la tipicidad de la antijuridicidad, la tentativa de justificación supone:

- Una disminución de injusto por la existencia de un **cierto valor de acción**.
  - El cierto valor de acción lo representa el intento de realizar una acción justificada.
  - Este intento supone un valor de acción menor que el de la causa de justificación completa, por lo que resulta insuficiente para compensar el desvalor del hecho.
  - No obstante, debe tenerse en cuenta al graduar la pena, al suponer una compensación parcial del desvalor del delito cometido, mediante:
    - La aplicación de una eximente incompleta como atenuante.



        - La aplicación de una eximente atenuante analógica.

- Afecta a la culpabilidad a través del **error de prohibición** (el sujeto piensa que su conducta es lícita, creyendo que está justificada).
    - Actuar en la creencia errónea de que concurren los elementos objetivos del tipo de justificación y con el correspondiente elemento subjetivo de justificación trascendente (cuando éstos se exijan), supone además que se **excluya o disminuya la culpabilidad**, según el error de prohibición sea vencible o invencible.
        - Error de prohibición vencible: No conllevaría a la suma de la rebaja de la pena por disminución de injusto (eximente incompleta o atenuante por analogía), con la rebaja por error de prohibición vencible. Sino que habrá que elegir de entre ellas, la que proporcione un mayor efecto atenuatorio. Esto es así debido a que se encuentra en una relación de concurso de leyes: toda tentativa de justificación supone desconocer la ilicitud de la conducta realmente realizada y, todo error de prohibición indirecto consistente en creer que se está realizando el tipo de la causa de justificación implica, necesariamente, actuar con el elemento subjetivo de la misma.
        - Error de prohibición invencible: el sujeto quedará exento de responsabilidad penal.



LECCIÓN 17

EL DELITO COMO CONDUCTA ANTIJURÍDICA (I): LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (I): LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE NECESIDAD

1. LA LEGÍTIMA DEFENSA

Art. 20.4 CP: *"Están exentos de responsabilidad criminal… el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes: 1º) Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas; 2º) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; 3º) Falta de provocación suficiente por parte del defensor"*.

- Si concurren todos los requisitos, la conducta típica estará amparada por la causa de justificación, pasando a ser lícita.
- Si no concurriese algún elemento no esencial, supondrá una atenuación de la responsabilidad, al ser menor lo injusto de la conducta (art. 21.1 CP: *"Son circunstancias atenuantes… 1º) Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*).

1.1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA EXIMENTE DE LEGÍTIMA DEFENSA

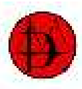
1.1.1. El doble funcionamiento de la eximente de legítima defensa

La eximente de legítima defensa tiene un doble fundamento, supraindividual e individual:

- **El fundamento supraindividual de la legítima defensa**.
  - Entre los requisitos de la legítima defensa se encuentra la puesta en peligro del bien jurídico defendido a consecuencia de una agresión ilegítima (contraria a Derecho). Ergo, quien actúa en legítima defensa está protegiendo el sistema jurídico establecido.
  - Fundamento: La necesidad de defensa del ordenamiento jurídico.
- **El fundamento individual de la legítima defensa**.
  - Junto al fundamento supraindividual es necesario que concurra un fundamento individual, consistente en la defensa de determinados bienes jurídicos, cuyo portador sea una persona física o jurídica.
  - Quedan al margen de la legítima defensa los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Salvo, en las excepciones, en las que el Estado, la sociedad o alguno de los entes que conforman la comunidad internacional sean portadores de un bien jurídico en calidad de personas jurídicas. De no ser así, podría dar lugar a abusos e inseguridad jurídica.

1.1.2. La naturaleza de la eximente de legítima defensa

Tiene naturaleza de **causa de justificación**. En el caso de que concurran todos sus elementos, la conducta típica realizada al amparo de la misma, será declarada lícita, es decir, no será antijurídica.



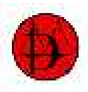
1.2. REQUISITOS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Los requisitos de la legítima defensa son:

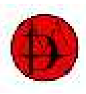
- Requisitos objetivos:
  - La agresión ilegítima.
  - La necesidad racional del medio empleado.
  - La falta de provocación suficiente.
- Requisito subjetivo:
  - La conciencia y voluntad de defensa.

1.2.1. Los requisitos objetivos de la legítima defensa

- **La agresión ilegítima**: La legítima defensa supone una reacción ante una agresión ilegítima. Por lo tanto, ha de concurrir, tanto para su aplicación como eximente completa como incompleta.
  - La legítima defensa putativa: cuando el sujeto cree erróneamente que se da una situación de agresión ilegítima, que podrá dar lugar a un error de prohibición.
  - **Concepto de agresión**. Comportamiento dirigido hacia la lesión de un bien jurídico. No se excluyen las omisiones.
    - Se requiere que el agresor actúe con conciencia y voluntad de lesionar el bien jurídico. Por lo tanto, se excluyen del ámbito de las agresiones ilegítimas: las amenazas puramente causales a bienes jurídicos, ya sean fortuitas o debidas a imprudencia.
    - El TS, por el contrario, excluye los comportamientos omisivos y, además, frecuentemente exige que se produzca un acometimiento personal de carácter material. Restricción injustificada, que no exige la regulación legal, ni es acorde al fundamento de la legítima defensa.
  - **La ilegitimidad de la agresión**. La agresión ha de ser contraria a cualquier sector del ordenamiento jurídico.
    - No cabe la legítima defensa ante agresiones legítimas. En estos casos dejará de darse el fundamento supraindividual.
    - Cabe la legítima defensa contra agresiones ilícitas pero no culpables, como los de los inimputables, los de quien ha sufrido un error de prohibición, o quien se encuentra amparado por una causa de exculpación basada en la inexigibilidad de la obediencia al Derecho.
  - **Los bienes jurídicos objeto de la agresión ilegítima: la defensa de los bienes y de la morada**. Pueden ser objeto de defensa:
    - Desde una perspectiva objetiva, el art. 20.4 CP limita los bienes jurídicos a aquellos cuyo portador sea una persona física o jurídica.
      - Se excluyen de la legítima defensa los ataques al patrimonio que no constituyan una infracción penal (acotación contraria que debería ser suprimida *de lege ferenda)*.
      - En defensa de la morada o sus dependencias, se considera agresión ilegítima la entrada, pero no su permanencia en contra de la voluntad del morador (también debería ser suprimida dicha acotación *de lege ferenda)*.
    - Desde una perspectiva se los sujetos implicados.



            - Cabe la legítima defensa propia como de terceros.
- **La necesidad de la defensa**. La necesidad racional del medio empleado supone que la defensa sea necesaria. Para ello, la agresión debe ser inminente o actual, peligrosa e inevitable.
    - Es un requisito esencial que, si no concurre no podemos aplicar ni la eximente completa, ni la atenuación de la eximente incompleta.
    - **Inminencia o actualidad de la agresión ilegítima: el acto de defensa**.
        - Basta con que la agresión esté en trance de comenzar. Analizar dicho extremo mediante un juicio de previsibilidad *ex ante*.
        - Es preciso que la agresión no haya concluido. Si no, sería un exceso extensivo o impropio.
        - La reacción debe ser un verdadero acto de defensa dirigido a impedir o repeler la agresión.
    - **Peligrosidad de la agresión ilegítima**.
        - El bien jurídico ha de encontrarse en peligro. También comprobable mediante juicio *ex ante*, para comprobar que la lesión no aparece como absolutamente improbable.
    - **Inevitabilidad de la agresión ilegítima por otros medios**.
        - Que la agresión no sea evitable de otro modo menos lesivo. También determinable mediante juicio *ex ante*.
        - Se cuestiona la inevitabilidad del mal en los siguientes supuestos:
            - La posibilidad de huida. No siempre excluye la necesidad de la defensa el hecho de que el agredido pueda huir. (Tener en cuenta el fundamento supraindividual).
            - La posibilidad de reparar el mal. El hecho de que el mal pueda ser reparado en el futuro, tampoco excluye la necesidad de defensa. De otro modo, se desconocería el doble fundamento.
            - La falta de culpabilidad del agresor, tampoco excluye de por sí la necesidad de defensa.
- **La racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión**.
    - Ha de emplearse el medio estrictamente necesario, el menos lesivo, siempre que sea idóneo para procurar una defensa segura.
    - Es un requisito no esencial, cuya ausencia no imposibilita que se aplique una eximente incompleta.
    - **Determinación de la racionalidad del medio empleado: rechazo del criterio de la proporcionalidad con el mal amenazante.**
        - Preciso verificar *ex ante*, cuál era la situación en el momento en que la agresión era inminente, comenzaba o se producía para valorar, entre otros extremos: la rapidez e intensidad del ataque; su carácter inesperado o previsible; las características del agresor; los medios que tiene a su alcance el defensor; su estado de ánimo…
        - Es frecuente encontrar planteamientos que equiparan el requisito de racionalidad del medio empleado con el de su proporcionalidad con el mal con que amenazaba la agresión. Criterio incompatible con el doble fundamento de la legítima defensa.
        - La racionalidad del medio empleado implica llegar hasta el extremo que sea necesario para impedir o repeler la agresión al bien jurídico y al conjunto del ordenamiento.
    - **La aplicación práctica del requisito de la racionalidad del medio empleado.**



- **Supuestos de agresores no culpables**. El defensor habrá de ajustar su respuesta en aquellos casos en que el agresor sea inimputable, semi-imputable, o sufra un error.
- **Supuestos automatizados de defensa**. La proliferación de sistemas automatizados de defensa plantea la posibilidad de aplicar la eximente de legítima defensa a sus responsables en los casos en que estos mecanismos reaccionen ante una agresión ilegítima.
- **Excesos en la defensa**. Siempre que concurra el resto de requisitos, será posible aplicar la legítima defensa como eximente incompleta, al suponer una atenuación de la pena por la menor gravedad de lo injusto. En la práctica, para conseguir la exención de responsabilidad penal, además se suele invocar con carácter simultáneo o subsidiario, la eximente de miedo insuperable del art. 20.6 CP, alegando que el exceso en la reacción defensiva se produjo por el miedo que sufría el defensor.

- **La falta de provocación suficiente**.
  - De carácter negativo: el sujeto que defiende el bien jurídico, propio o ajeno, no puede haber provocado suficientemente la agresión ilegítima.
  - Elemento no esencial, cuya ausencia permite la aplicación de la causa de justificación incompleta: atenuación de la pena basada en la menor gravedad de lo injusto.
  - No está definida expresamente en la ley. Sus componentes son los siguientes:
    - **Concepto de provocación**. El defensor estimulará, por acción u omisión, la agresión de la que es víctima él mismo o un tercero.
    - **La suficiencia de la provocación**. Ha de existir una proporción de mínimos entre provocación y respuesta agresora: **Criterio del hombre medio**: la provocación será suficiente cuando tras la misma cabría esperar la agresión por parte de un hombre medio. Si la respuesta a la provocación es absolutamente desproporcionada, cabrá apreciar la legítima defensa.
    - **Sujetos implicados: la provocación suficiente por parte del defendido**. Para que quede excluida la legítima defensa como eximente completa, la provocación suficiente ha de venir de parte del defensor. No obstante, es posible que el provocador, que no puede actuar en legítima defensa, sea finalmente el defendido.

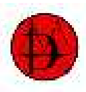
1.2.2. El requisito subjetivo de la legítima defensa

El elemento subjetivo consiste en la conciencia y voluntad de defensa del bien jurídico en peligro. Se trata de un elemento esencial, cuya ausencia determina que no pueda aplicarse la eximente, ni completa ni incompleta.

Igualmente, la concurrencia de dicho elemento, no excluye que el defensor pueda actuar impulsado, también, por otros motivos.

1.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

La aplicación de la misma conlleva la licitud de la conducta típica y, por tanto, la exclusión tanto de responsabilidad penal como de la civil derivada del delito.



No obstante, los daños a bienes de terceros que no hayan sido utilizados en la agresión, así como las afecciones a otros bienes jurídicos de terceros que no hayan participado en la misma, no estarán amparados por la legítima defensa, si bien, podrá aplicarse, en su caso, la eximente de estado de necesidad.

2. EL ESTADO DE NECESIDAD

Art. 20.5 CP: *"Están exentos de responsabilidad criminal… El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un buen jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1º) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 2º) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; 3º) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse"*.

2.1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA EXIMENTE DE ESTADO DE NECESIDAD

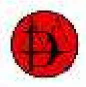
Del art. 20.5 CP se derivan dos supuestos:

- **Supuesto de conflicto de intereses iguales**. Cuando el mal que causado sea igual que el que se quiere evitar. La eximente se presentará con naturaleza de **causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad de la obediencia a la norma**.
- **Supuesto de conflicto de intereses desiguales**. Cuando el mal causado sea menor que el que se quiere evitar. La eximente se presentará con naturaleza de **causa de justificación**.

2.1.1. La doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad

La doctrina dominante considera que dicha eximente puede concurrir con dos naturalezas alternativas. No obstante, existen diversas interpretaciones al respecto:

- **La doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad según la opinión dominante**.
  - **Causa de justificación**. Supuestos en los que el mal causado es menor que el que se trataba de evitar.
    - Fundamento: principio del interés preponderante.
    - La responsabilidad civil exigible se basa en los principios de gestión de negocios ajenos y de enriquecimiento injusto.
  - **Causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad de la obediencia a la norma**. Supuestos en los que el mal causado es de la misma entidad que el que se trata de evitar.
    - Fundamento: la no exigibilidad de la obediencia al Derecho: La conducta, que es un ilícito penal, no es culpable, y por tanto no es punible.
- **La doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad según CEREZO MIR**.
  - **Causa de justificación**.
    - La simple ponderación de intereses es insuficiente para justificar la conducta, pues lleva en algunos casos a resultados insatisfactorios. Para evitarlo, hay que introducir una nueva restricción basada en el **principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana** (art. 10 CE).
    - Así, dicha causa de justificación concurrirá en aquellos supuestos en los que, además de que el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, éste no suponga una grave infracción del respeto debido a la dignidad humana.

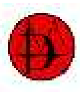


- **Causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad de la obediencia a la norma**. Supuestos de conflicto de intereses en los que, bien sean de igual entidad, o bien, el mal causado sea menor al que se trataba de evitar pero suponga una grave infracción del respeto debido a la dignidad humana.
  - Doble fundamento.
    - Requiere que se produzca una disminución de lo injusto, que conlleva una disminución de la culpabilidad.
    - Requiere que el sujeto tenga disminuida su capacidad de obrar de otro modo, de manera que no le sea exigible la obediencia al Derecho.
  - Es preciso valorar cuál sería la conducta de una persona inteligente y respetuosa con las exigencias del Derecho. Factor decisivo en la reducción del campo **del auxilio necesario**, en el que se actúa en salvaguarda de un bien jurídico ajeno.

2.1.2. Los planteamientos unitarios de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad

Otros autores, como MIR PUIG o MUÑOZ CONDE, defienden que dicha eximente actúa en todo caso como **causa de justificación**.

- **El planteamiento unitario de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad según MIR PUIG y MUÑOZ CONDE**. La eximente actuará en toco caso como causa de justificación porque comparar los males en juego y, no simplemente, los bienes jurídicos, implica que, generalmente, el bien jurídico que se pretende salvar sea superior al lesionado.
  - Fundamento: Interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la eximente.
- **El planteamiento unitario de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad según GIMBERNAT ORDEIG**. La eximente actuará como causa de justificación, en todo caso, fundamentando su decisión en su modo de entender los distintos elementos del delito y su relación con los propósitos del legislador.
  - Fundamento:
    - En la antijuridicidad, el legislador establece lo que quiere prohibir frente a todos.
    - En la culpabilidad, el legislador recoge una serie de valoraciones en torno a lo que es realmente posible prohibir, renunciando a la pena en aquellos casos en los que considera que su aplicación no tiene eficacia inhibitoria, aunque se haya prohibido.
    - Conclusión: Siempre es causa de justificación, ya que en los casos en los que concurren los requisitos de esta eximente, el legislador decide no penar, pese a que la pena tiene eficacia inhibitoria.
  - Críticas a este modelo según sus deficiencias sean:
    - Internas: El criterio de distinción entre los elementos del delito por su eficacia inhibitoria no es convincente, pues es una característica que puede concurrir en todas las categorías del delito.
    - Externas: Considerar en todo caso la eximente como causa de justificación plantea el problema de que no sería posible la legítima defensa contra quien agrede en estado de necesidad a un tercero, ya que su actuación debería ser calificada como lícita.
      - Para evitarlo, GIMBERNAT ha desarrollado una categorización de las causas de justificación según exista o no tras las mismas una valoración positiva de la situación.



2.1.3. Toma de postura: la doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad y su distinto fundamento

En este curso se adopta la doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad.

- **Causa de justificación**. Ante supuestos de conflicto de intereses desiguales.
  - Fundamento: El principio del interés preponderante.
- **Causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad de la obediencia a la norma**. Ante supuestos de conflicto de intereses iguales.
  - Fundamento: La no exigibilidad de obediencia a la norma. No bastando con la ponderación de intereses (como límite a su aplicación), sino que tendrá que unirse la valoración de la exigibilidad especifica de la culpabilidad (como categoría del delito), como reprochabilidad.

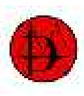
2.2. REQUISITOS DE LA EXIMENTE DE ESTADO DE NECESIDAD

Requisitos de la eximente de estado de necesidad:

- Objetivos.
  - Situación de necesidad.
  - Mal causado menor o igual que el que se pretendía evitar: la ponderación de males.
  - Falta de provocación intencionada de la situación de necesidad.
  - Inexistencia de obligación de sacrificio.
- Subjetivos.
  - La conciencia y voluntad de evitar un mal propio o ajeno.

2.2.1. Requisitos objetivos del estado de necesidad

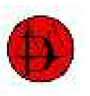
- **La situación de necesidad**.
  - **La situación de necesidad**: Situación de peligro actual para un bien jurídico, propio o ajeno, en la que aparece como inminente la producción de un mal grave, inevitable sin producir la lesión o con una lesión menos grave de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber.
    - Requisitos:
      - Mediante juicio de previsibilidad *ex ante*, debe aparecer como no absolutamente improbable la producción de la lesión del bien jurídico, un peligro actual.
      - Los bienes jurídicos en peligro pueden ser propios o ajenos, y pertenecer tanto a personas físicas como jurídicas.
      - El mal ha de aparecer como inminente o, al menos, el conflicto debe resultar irresoluble con el transcurso del tiempo.
      - El mal ha de ser grave.
      - **Carácter absoluto del estado de necesidad**: el mal no ha se ser evitable por un procedimiento menos perjudicial, ya sea ilícito o lícito.
    - **Estado de necesidad putativo**. El sujeto estima erróneamente que se da una situación de necesidad, sin ser así. Supondrá la exclusión de esta eximente.
    - **Colisión de deberes**, diferencias: Se contrapone el deber de no llevar a cabo el comportamiento típico que lesionará o pondrá en peligro el bien jurídico con el deber



de salvaguardar otro bien jurídico. Encuadrables en el art. 20.7 CP, en lugar del 20.5. Ya que, los supuestos de cumplimiento de un deber suponen en definitiva el cumplimiento de un deber de rango superior y, podemos considerarla como ley especial frente al estado de necesidad.

- **Clases de situación de necesidad:**
  - **Clasificación de la situación de necesidad por la magnitud del mal causado: la ponderación de males**. No se puede considerar como mal la lesión de un interés no protegido por el Derecho, que solo merezca una desvaloración social. La ponderación de males tiene carácter objetivo y, tiene en cuenta, los bienes jurídicos concurrentes y otros elementos como el peligro, la gravedad e irreparabilidad de la lesión, el desvalor de la conducta o si existe una grave infracción del principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana.
    - Situación de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales.
    - Situación de necesidad en caso de conflicto de intereses desiguales.
  - **Clasificación de la situación de necesidad por la relación del sujeto con el bien jurídico protegido.**
    - Estado de necesidad propio: Coinciden necesitad y sujeto actuante.
    - Auxilio necesario: Se actúa para evitar un mal ajeno.
    - Comunidad de peligro: El peligro es tanto para el que actúa como para un tercero.

- **El mal causado menor o igual que el que se pretendía evitar: la ponderación de males**.
  - Elemento no esencial, cuya ausencia no impide la posibilidad de aplicar una atenuante (art. 21.1 CP).
  - La ponderación de males tiene en cuenta todos los intereses en juego en los términos que acabamos de analizar al distinguir las distintas clases de situación de necesidad según la magnitud del mal causado. Así, la eximente actuará como:
    - Causa de justificación: Si resulta un conflicto de intereses desiguales.
    - Causa de exculpación basada en la inexigibilidad: si resulta un conflicto de intereses iguales.
- **La falta de provocación intencionada de la situación de necesidad**. No se podrá aplicar la eximente cuando el sujeto que actúa ha provocado intencionadamente una situación de conflicto insalvable entre dos intereses.
  - Requisito no esencial, cuya ausencia no impide la aplicación de una eximente incompleta.
  - La intencionalidad implica que la provocación ha de ser voluntaria. Ergo se descarta los casos de provocación imprudente. No siendo así para los casos en los que el sujeto previó la posibilidad de que se produjera la situación y actuó contando con dicha posibilidad (dolo eventual).
  - Fundamento:
    - Causa de justificación: en la ponderación de intereses, que se inclina a favor de los intereses lesionados o puestos en peligro.
    - Causas de exculpación: en que, al sujeto que provocó la situación de necesidad le es exigible actuar conforme al derecho.
- **La inexistencia de obligación de sacrificio**.



- Se trata de un requisito no esencial, cuya ausencia no impide la posibilidad de aplicar una eximente incompleta.
- Hace referencia al necesitado, no a quien actúa, lo que impedirá actuar en auxilio necesario de quien está obligado a sacrificarse.
- No es aplicable con carácter absoluto. El TS lo excluye en los casos de sacrificio inútil o cuando existe una gran desproporción entre los intereses en juego.
- Fundamento:
  - Causa de justificación: en la ponderación de intereses.
  - Causa de exculpación: en la exigibilidad de la obediencia al Derecho.

2.2.2. El requisito subjetivo del estado de necesidad: la conciencia y voluntad de evitar un mal propio o ajeno

El elemento subjetivo requiere que el sujeto actúe con la conciencia y voluntad de evitar un mal propio o ajeno.

Se trata de un elemento esencial, cuya ausencia determina la inaplicabilidad de la eximente, tanto completa como incompleta.

2.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE DE ESTADO DE NECESIDAD

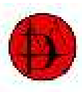
Las consecuencias de dicha eximente dependen de la naturaleza con la que concurra.

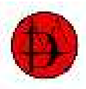
Desde el punto de vista de la responsabilidad penal, en ambos casos, el sujeto quedará exento de pena. No obstante:

- En las causas de justificación: será porque la conducta se haya declarado lícita.
- En las causas de exculpación: será porque, a pesar de ser un ilícito penal, no se le aplica pena alguna por ser declarado su autor como no culpable.

En cualquier caso, los daños a bienes de terceros deberán ser abonados siguiendo las previsiones del art. 118.1.3 CP: *"La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes… En el caso del número 5º, serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales"*.

Precepto que no es obstáculo para fundamentar la exclusión de la antijuridicidad de la conducta en caso de que el estado de necesidad concurra como causa de justificación. El abono de las responsabilidades civiles no deriva de la comisión de delito alguno, sino que se basa en los principios de gestión de negocios ajenos y de enriquecimiento injusto.





LECCIÓN 18

EL DELITO COMO CONDUCTA ANTIJURÍDICA (II): LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (II): EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO Y EL CONSENTIMIENTO

1. EL CUMPLIEMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

Art. 20.7 CP: *"Están exentos de responsabilidad criminal… El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo"*. Pueden darse dos supuestos:

- Conducta típica en cumplimiento de un deber, que habrá de tener carácter jurídico.
- Conducta típica en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo.

1.1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA EXIMENTE DE CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

El fundamento radica en el principio del interés preponderante. Mediante su aplicación se estaría protegiendo el interés de rango superior.

Es opinión unánime de doctrina y jurisprudencia que, el cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho tiene naturaleza de causa de justificación. La conducta amparada por la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho será por tanto lícita, conforme al ordenamiento jurídico.

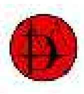
Sin embargo, existen sectores de la doctrina, que por el contrario, consideran que el principio del interés preponderante es insuficiente para argumentar la exención de la pena:

- Un sector de la doctrina, afín a CEREZO MIR, considera que no basta con fundamentar la exención de pena en el interés preponderante, pues la licitud se habrá de predicar también en aquellos casos en que los deberes en concurso sean del mismo rango.
  - Afirmación que no resulta convincente: en los casos en que los intereses en conflicto sean del mismo rango, el cumplimiento de cualquiera de los dos deberes en juego cumplirá con el principio del interés preponderante, pues la alternativa sería no cumplir ninguno de los dos.
- Otro sector apunta que, en caso de que se produzca un grave atentado a la dignidad de la persona humana, la conducta deberá ser ilícita aunque el deber cumplido sea de mayor rango que el vulnerado.

1.2. REQUISITOS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

El interés de doctrina y jurisprudencia se ha centrado en el análisis de grupos de casos, produciendo una atomización de las conclusiones. No obstante, puede establecerse los siguientes requisitos generales, según se distinga el carácter de la eximente como objetivo o subjetivo.

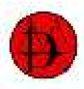
1.2.1. Requisitos objetivos de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho



- **La situación de conflicto: concepto y clases**. Es preciso que el sujeto esté obligado por un deber o amparado por un derecho y se dé una situación de conflicto en la que concurra dos grupos de intereses distintos, que no puedan ser atendidos simultáneamente.
  - Elemento esencial, cuya ausencia impide la aplicación de la eximente completa e incompleta.
  - **Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho putativos**: El sujeto considera erróneamente que su actuación viene determinada por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, sin que éstos existan. Supondrá una disminución de lo injusto, por ser menor el desvalor de la conducta, como un error de prohibición, vencible o invencible, que determinará una menor culpabilidad.
  - Dicha situación puede presentar dos configuraciones:
    - **Colisión de deberes**. Conflicto entre el deber de no llevar a cabo el comportamiento típico que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y el de salvaguardar otro bien jurídico. En estos supuestos, la realización de la acción típica supone el cumplimiento del deber.
    - **Conflicto entre un derecho y un deber**. El derecho de llevar a cabo una determinada conducta y el deber de no llevar a cabo el comportamiento típico que lesiona o pone en peligro el bien jurídico.
- **El interés salvaguardado ha de ser de igual o superior entidad que el lesionado**.
  - Elemento no esencial, cuya ausencia no impide la posibilidad de apreciar una eximente incompleta y aplicar la atenuación de la pena derivada del art. 21.1 CP, basada en una menor gravedad de lo injusto.
  - Para valorar la entidad de los intereses ha de tenerse en cuenta: el rango del deber cumplido o del derecho ejercitado; la naturaleza de los bienes jurídicos concurrentes; si van a verse lesionados o sólo puestos en peligro; el grado de peligro; la gravedad e irreparabilidad de la lesión; el desvalor de la conducta; o si existe grave infracción del principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana.
    - En caso de que el sujeto actúe en salvaguarda de un interés superior entidad, su conducta será lícita.
    - Si se trata de intereses del mismo rango, la realización de cualquiera de las conductas producirá el mismo efecto de licitud.
      - Ante intereses iguales, generalmente, se debería optar por la omisión.
- **El cumplimiento del deber o ejercicio del derecho de modo ajustado a su contenido**. Junto a las circunstancias del caso concreto, hemos de analizar las normas que regulan el concreto ámbito del que deriva el deber o derecho.
  - Requisito no esencial, cuya ausencia no impide la posibilidad de aplicar la eximente incompleta, siempre que se dé el resto de requisitos.

1.2.2. El requisito subjetivo de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho: la conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho

El sujeto debe conocer la existencia del deber o derecho y debe actuar con voluntad de que está cumpliendo o ejerciendo legítimamente el mismo.



Se trata de un requisito esencial, cuya ausencia imposibilita la aplicación de la eximente completa y la incompleta.

1.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

La aplicación de dicha eximente conlleva la licitud de la conducta típica y, por tanto, la exclusión de la responsabilidad penal y la civil derivada del delito.

No obstante, las responsabilidades por daños a bienes de terceros siguen siendo exigibles en virtud de los principios de enriquecimiento sin causa y de gestión de negocios ajenos.

1.4. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

Su ámbito de aplicación incluye situaciones muy diversas. Por ello, su estudio se ha fragmentado en baterías de casos.

1.4.1. El cumplimiento del deber por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones

Art. 2 LOFCS: *"Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación; b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas; c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales"*.

Por la naturaleza de su profesión, en ocasiones los miembros de estos cuerpos armados cometen conductas subsumibles en el tipo de lo injusto de delitos. Sin embargo, dichas conductas típicas, serán lícitas si concurre la causa de justificación del cumplimiento de un deber.

- **Requisitos del cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones**.
  - Los requisitos para que se dé dicha eximente son:
    - Objetivos:
      - La situación de conflicto.
      - El interés amparado por la actuación que sea superior o igual que el finalmente lesionado.
      - El cumplimiento del deber de un modo acorde con su contenido.
    - Subjetivo:
      - La conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber.
  - Los límites que ha de tener la actuación de los miembros de las FCS vienen determinados por:
    - La LO 2/1986, de 13 de marzo, *de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* (art. 5). Se desprende que la actuación habrá de ser acorde a la CE y al resto del ordenamiento y, deberá estar presidida por los principios de necesidad, congruencia, oportunidad y proporcionalidad.
    - *El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950. Se ha criticado que resulta excesivamente amplia, fundamentalmente la letra b del párrafo 2 (*"La muerte no se considerará infligida con*



infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario… b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente").

- **Cumplimiento del deber y legítima defensa por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad**. Quien actúa en legítima defensa está sometido al principio de la necesidad racional del medio empleado. Mientras que el miembro de las FSC que actúa en cumplimiento de un deber, debe cumplir con el más riguroso combinado de los principios de necesidad, oportunidad, congruencia y proporcionalidad, lo que conlleva un campo de actuación más reducido que en la legítima defensa. Art. 5.4 LOFCS: *"Son principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes… 4. Dedicación profesional: Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana"*. Eso nos abre dos escenarios:
    - **Aplicación de la causa de justificación de cumplimiento de un deber**. Se aplicará la causa de justificación en los siguientes supuestos:
        - Cuando los miembros de las FCS sufran una agresión ilegítima estando de servicio o con motivo del mismo.
        - Cuando sea un tercero quien sufra una agresión ilegítima, se hallen o no de servicio, puesto que según la regulación vigente, la dedicación de los miembros de las FCS ha de ser total, debiendo de intervenir siempre.
    - **Aplicación de la causa de justificación de legítima defensa**. Únicamente será posible aplicar esta eximente cuando los miembros de las FCS sean objeto de una agresión ilegítima como particulares y por motivos particulares.

1.4.2. La obediencia debida

Se trata de situaciones en las que la actuación de un sujeto tiene su origen en un deber de obediencia a una instancia superior. En caso de que el cumplimiento de dicho deber suponga la realización de una conducta típica, la obediencia debida nos situará en la órbita de la eximente del cumplimiento de un deber.

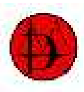
Los requisitos para que se dé esta eximente son:

- Objetivos:
    - La situación de conflicto entre el deber de obediencia y el deber de no realizar una conducta típica.
    - Que el interés amparado por la actuación sea superior o igual que el finalmente lesionado.
    - El cumplimiento del deber de un modo ajustado a su contenido.
- Subjetivo:
    - La conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento del deber.

Se debe comprobar que la relación jerárquica está reconocida en el ordenamiento jurídico y que efectivamente se ha emitido una orden.

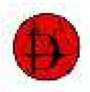
Se ha analizado la obediencia debida en distintos ámbitos:

- **La obediencia debida en el ámbito familiar**. Fundamentada en el art. 155.1 CC. Para que sea obligatoria una orden en este ámbito, es preciso que sea lícita.



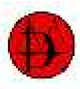
- **La obediencia debida en el ámbito laboral**. Fundamentada en el art. 5.c ET. Para que la orden de llevar a cabo un comportamiento típico sea obligatoria, será preciso que sea lícita. Y la misma de producirse en el ejercicio regular de las facultades del empresario.
- **La obediencia debida en el ámbito de la Administración Pública**.
  - Existen diversas fuentes de los deberes de obediencia a los superiores jerárquicos según la rama de la Administración pública a la que nos refiramos.
    - ***Ámbito de los empleados públicos civiles***. En general, el art. 54.3 EBEP; o bien el art. 5.1 LOFCS para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
    - ***Ámbito militar***. Entre otros fundamentos, encontramos los arts. 8 y 44 y ss. ROFAS; y art. 6 LO 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las FAS*.
  - El funcionario que desobedece una orden dictada por quien tiene competencia, además de las posibles responsabilidades disciplinarias, realizará los tipos delictivos de los arts. 410 y ss. CP o art. 44 CPM.
  - Todas las órdenes lícitas de llevar a cabo una conducta típica son obligatorias. No obstante, la presunción de licitud de los actos del Estado permite la existencia de órdenes ilícitas de obligado cumplimiento, de modo que su ejecución quedaría amparada por la causa de justificación del cumplimiento de un deber. El límite a la obligatoriedad de estas órdenes ilícitas lo proporcionan los primeros preceptos mencionados cuando excluyen el deber de obediencia ante una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Ello deriva en tres posibles situaciones:
    - **Órdenes lícitas de llevar a cabo una conducta típica**. Son obligatorias y, por lo tanto, podrán ser amparadas por la causa de justificación del cumplimiento de un deber si concurre el resto de requisitos.
    - **Órdenes no manifiestamente ilícitas de llevar a cabo una conducta típica**. Puede ocurrir que la orden ilícita sea meramente anulable porque pese a su licitud, adolezca de un defecto de forma o de competencia subsanable. En estos casos, el principio de presunción de licitud de los actos del Estado hace que la orden devenga obligatoria, de modo que el subordinado que la cumpla podrá alegar la causa de justificación del cumplimiento de un deber.
    - **Órdenes manifiestamente ilícitas de llevar a cabo una conducta típica**. No son obligatorias, por lo que, en ningún caso, se podrá alegar el cumplimiento de un deber como causa de justificación de su cumplimiento.
      - Con respecto a las FAS se plantea la duda de si únicamente quedan fuera del posible amparo de la causa de justificación los ilícitos penales, tal y como parece indicar el citado art. 48 ROFAS. Sin embargo, su sujeción al conjunto del ordenamiento jurídico y, especialmente a la CE, hace que se pueda concluir que tampoco en el ámbito militar se puede alegar la eximente de cumplimiento de un deber ante una orden manifiestamente ilícita. En todo caso, el subordinado que acata este tipo de órdenes podrá, si se dan sus requisitos, alegar la concurrencia de las eximentes de estado de necesidad, de miedo insuperable o, en su caso, el error de prohibición.

1.4.3. El derecho-deber de corrección



Aún queda un limitado campo de aplicación de dicho derecho-deber que tienen los padres, tutores y educadores con respecto a sus hijos, pupilos y alumnos. Sin embargo, no existe un derecho-deber de corrección de los hijos ajenos.

- **El derecho-deber de educación y formación de los progenitores sobre sus hijos no emancipados**. Art. 154 CC: *"Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades… 1) Educarlos y procurarles una formación integral… Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad"*. Entre los deberes y facultades propios de la patria potestad, se incluyen los de educación y formación integral, que podrán suponer en algunos casos la corrección de los hijos.
    - Son requisitos para que se dé dicha eximente:
        - Objetivos:
            - La situación de conflicto entre la realización de una conducta típica y el derecho-deber de educación y formación.
            - Que el interés educativo-formativo sea superior o igual al finalmente lesionado, y con atención al debido respeto a la dignidad de la persona humana.
            - Que se cumpla con el deber de un modo acorde con su contenido.
        - Subjetivo:
            - Que el sujeto tenga conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber.
    - **Castigos corporales**. Los castigos corporales realizan el tipo del maltrato de obra (art. 153 CP o 173.2 CP), y pueden derivar en lesiones corporales de distinta gravedad (arts. 147 y ss. CP).
        - Se excluyen las formas más graves de estos delitos. Planteándose la cuestión de si, en la educación y formación de los hijos no emancipados, es posible que determinadas conductas que realicen el tipo de lesiones corporales de menor gravedad y del maltrato de obra, se consideren lícitas. Doble obstáculo:
            - Perspectiva material: La pedagogía moderna considera perjudicial la violencia como método de corrección.
            - Perspectiva formal: La redacción del CC del 2007, aleja cualquier posibilidad de amparar este tipo de conductas en el derecho-deber de educación y formación, ya que implican, en cualquier caso, un atentado a la integridad física del menor o a su integridad mental.
        - Además, puede aplicarse la circunstancia del parentesco (art. 23 CP), sin excluir su efecto agravante o el atenuante, según el caso concreto.
    - **Privaciones de libertad y coacciones**. Las privaciones de libertad realizan el tipo de detenciones ilegales (art. 163 CP), y las coacciones (172 CP). La conducta típica quedará amparada por esta causa de justificación si se constata que el encierro (de corta duración) o la coacción al hijo no emancipado es necesario y adecuado al fin educativo, y no supone ninguna vulneración de su integridad psicológica.



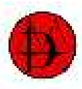
- **Amenazas e injurias**. Las amenazas e injurias (arts. 169 y ss. Y 208 CP) podrían estar amparadas por esta causa de justificación, siempre que además de necesarias y adecuadas al fin educativo, no supongan lesión alguna a la integridad mental del hijo.
  - Se deberá ser respetoso con el principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana y a los límites establecidos por el CC.
- Junto a esta eximente, podrán concurrir los requisitos de otras causas de justificación.

- **El derecho-deber de educación y formación de los tutores sobre sus pupilos**. Se fundamenta en el art. 268 y 269.2 CC.
  - Las pautas marcadas son muy similares a las definidas para los padres.
  - Los casos en que no sea posible aplicar la causa de justificación del ejercicio del derecho-deber de corrección, será posible alegar la legítima defensa o el estado de necesidad si se dan sus requisitos.
- **El ejercicio de la función docente por parte de maestros y profesores**. Fundamentado en el art. 6.3 LODE: *"Se reconocen a los alumnos los siguientes derechos básicos: …b) A que se respeten su identidad, integridad y dignidad personales;…d) A recibir orientación educativa y profesional;…f) A la protección contra toda agresión física o moral"*. Los principios básicos descritos en los apartados anteriores también son de aplicación en este ámbito.
- **El derecho-deber de corrección de los hijos ajenos no emancipados**. En la actualidad no existe un derecho-deber de corrección de los mismos. Únicamente, cuando exista consentimiento expreso o tácito de los padres o tutores de un concreto menor o incapaz, se podrá alegar la causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

1.4.4. El ejercicio legítimo de un derecho en el ámbito profesional

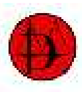
El ejercicio legítimo de algunas profesiones puede suponer la realización de conductas típicas. Siempre que se den sus requisitos, podremos aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo de un oficio. Los supuestos más comunes son:

- **El ejercicio legítimo de la profesión de periodista**. Los tipos más frecuentas son los de injurias y calumnias. Así, concurren los intereses de protección de los bienes jurídicos lesionados, por un lado, y la libertad de expresión y el derecho a la información, de otro. Es jurisprudencia del TC: *cuando las conductas se encuentren dentro del contenido esencial del derecho fundamental en cuestión, no pueden tener relevancia penal* (SSTC 137/1997, de 21 de julio; 110/2000, de 5 de mayo; 185/2003, de 27 de octubre; 108/2008, de 22 de septiembre; y 104/2011, de 20 de junio).
  - Es preciso analizar la concurrencia de los distintos elementos subjetivos, tanto de los delitos de injurias y calumnias, como de la causa de justificación.
    - **No concurre el *animus iniuriandi* o *calumniandi***. La conducta potencialmente injuriosa o calumniosa en la que no concurre dicho *animus* no es típica.
    - **Concurre el *animus iniuriandi o calumniandi***. En estos casos, podrá entrar en juego la eximente del ejercicio de la profesión.
      - **Concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación**. Si se da el resto de los requisitos, se podrá aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho. El análisis deberá atender a la ponderación de los intereses en juego para determinar si priman la libertad de expresión y el derecho a la información, teniendo en cuenta la veracidad de lo relatado, la



relevancia o interés público de la información, la intención del periodista de participar en la formación de la voluntad política de la comunidad, y la necesidad de las expresiones injuriosas o calumniosas en el caso concreto.
- **No concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación**. La conducta será típica y antijurídica, y pasaremos a analizar la culpabilidad.

- **El ejercicio legítimo de la profesión de abogado**. Los tipos más frecuentes son los de injurias y calumnias, y los de descubrimiento y revelación de secretos. También son aplicables las consideraciones del TC antes citadas.
  - **Injurias y calumnias**. Situación frecuente, por lo que el art. 215.2 CP: *"Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido"*. Supuesta la concurrencia de los elementos objetivos del tipo de ambos delitos, para determinar si concurre la causa de justificación es fundamental estudiar si se dan los elementos subjetivos que han de estar presentes en este tipo de conflictos de intereses: el *animus iniuriandi* o *calumniandi*; y el conocimiento y la voluntad de actuar en el ejercicio legítimo de la profesión de abogado como requisito de la causa de justificación. Las combinaciones posibles son:
    - **No concurre el *animus iniuriandi* o *calumniandi***. La conducta potencialmente injuriosa o calumniosa en la que no concurre dicho *animus* no es típica.
    - **Concurre el *animus iniuriandi* o *calumniandi***. La conducta del abogado será típica, por lo que podrá entrar en juego la eximente del ejercicio legítimo de la profesión:
      - **Concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación**. Si se da el resto de requisitos, se podrá aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión de abogado. Lo que supone que la comisión de la conducta sea necesaria *ex ante* para la defensa de sus intereses.
      - **No concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación**. La conducta será típica y antijurídica, pasando a analizar la culpabilidad.
  - **Descubrimiento o revelación de secretos**. Tipo regulado en los arts. 197 y ss. CP. Para determinar si concurre la causa de justificación se deberá comprobar la necesidad de llevar a cabo la conducta típica en el marco del concreto proceso en el que se produzca.
- **El ejercicio legítimo de la profesión médica**. Los tipos más frecuente son los de muerte, lesiones o coacciones. La aplicación de la eximente dependerá de la naturaleza de la práctica de que se trate y de las circunstancias que la acompañen. En la ponderación de intereses es fundamental tener en cuenta el principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana, así como otras eximentes como el consentimiento del paciente.
  - **Intervenciones médicas curativas consentidas**. Cuentan con el consentimiento del paciente y, serán objeto de distinto tratamiento según el resultado:
    - **Resultado favorable**. Si el resultado final de un proceso curativo que implica la causación de lesiones es favorable, no concurre el tipo objetivo del delito de lesiones corporales. La conducta será atípica.
    - **Resultado desfavorable**. Presupuesto el ánimo de curar, las consecuencias jurídico penales de un resultado desfavorable dependerán directamente de si la actuación del facultativo fue conforme a la *lex artis* o no.
      - Si el resultado desfavorable se ha producido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido, estaremos ante delito imprudente y no será posible



acudir a la eximente de ejercicio legítimo de la profesión médica. Cabría plantearse la posibilidad de la eximente incompleta si se dieran sus requisitos.

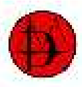
- Si el resultado desfavorable se produce a pesar de haber actuado de acuerdo con las normas que rigen la profesión médica, la conducta será atípica, según unos autores, o podrá aplicarse la causa de justificación del ejercicio de la profesión médica, según otros.

- **Intervenciones médicas no curativas consentidas**. Casos de medicina experimental, la cirugía estética y transexual, las esterilizaciones, y los casos de trasplantes o transfusiones desde el punto de vista del donante. Se realiza el tipo de los delitos dolosos de lesiones. Se plantea la aplicación de las causas de justificación del ejercicio legítimo de la profesión médica y del consentimiento del ofendido.
  - **Causa de justificación del consentimiento del ofendido**. Art. 156 CP, el consentimiento del ofendido exime de responsabilidad penal en casos de trasplantes, esterilizaciones y cirugía transexual, cuando se cumpla con los requisitos pertinentes.
  - **Causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión**. Para el resto de supuestos. El facultativo deberá estar legalmente habilitado, la intervención habrá de estar indicada, y se habrá de realizar con arreglo a la *lex artis*, será preciso contar con el consentimiento del paciente, y deberá concurrir el elemento subjetivo de la causa de justificación.
- **Intervenciones médicas arbitrarias**. Se produce sin el consentimiento del paciente o de sus representantes legales. Es posible que la conducta que realiza el tipo del homicidio, las lesiones o las coacciones, esté justificada. El ejercicio legítimo de la profesión médica tendrá cabida si nos encontramos en alguno de los supuestos del art. 9.2 LAP: *"Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación… 2) Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley…; b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él"*,
  - Los arts. 1 a 3 LO 3/1986, de 14 de abril, *de medidas especiales en materia de salud pública*, incluyen la posibilidad de que las autoridades de las distintas Administraciones sanitarias tomen medidas especiales de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control para proteger la salud pública y prevenir su pérdida y deterioro.

1.4.5. El derecho a la práctica del deporte

Mencionada en el art. 43.3 CE, la práctica del deporte constituye un derecho reconocido expresamente en el art. 1.2 LD: *"La práctica del deporte es libre y voluntaria. Como factor fundamental de la formación y del desarrollo integral de la personalidad, constituye una manifestación cultural que será tutelada y fomentada por los poderes públicos del Estado"*.

La violencia es parte de la práctica habitual de algunos deportes, por lo que, las muertes o lesiones pueden ser fruto tanto de la imprudencia como de actuación dolosa. Así, el art. 83.1 LD: *"Los órganos disciplinarios deportivos competentes deberán, de oficio o a instancia del instructor del expediente, comunicar al Ministerio Fiscal*



aquellas infracciones que pudieran revestir caracteres de delito o falta penal". Pese a ello, son pocos los casos conocidos por los tribunales. Hay que analizar los supuestos en los que concurre dolo o imprudencia:

- **El derecho a la práctica del deporte y los tipos delictivos dolosos**. En deportes violentos será posible la producción de lesiones o incluso muertes con dolo directo o eventual. Para aplicar la causa de justificación, la actuación lesiva habrá de ser acorde al reglamento y se deberá de dar el resto de requisitos.
    - Los delitos de homicidio, en ningún caso, estarán justificados si concurre dolo directo.
    - Los delitos de lesiones. Si la actuación no se acogiera a las reglas establecidas, se podrá aplicar la atenuante que el art. 155 CP prevé para las lesiones consentidas, siempre que la víctima hubiera otorgado su acuerdo para la vulneración del reglamento.
- **El derecho a la práctica del deporte y los tipos delictivos imprudentes**. La inobservancia del cuidado objetivamente debido en la práctica del deporte excluye la posibilidad de aplicar la eximente del ejercicio legítimo de un derecho u oficio en los delitos imprudentes.

1.4.6. La realización arbitraria del propio derecho: vías de hecho

Se entiende por **vías de hecho**, el ejercicio arbitrario de un derecho con empleo de violencia, amenazas, coacciones o cualquier otro medio ilegítimo. Dicha práctica no está amparada por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, es más, realiza el tipo del delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP: *"1) El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleara violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis doce meses; 2) Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos"*.

2. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD Y COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

El consentimiento ha de ser el del portador del bien jurídico lesionado o puesto en peligro (sujeto pasivo). Esto limita la aplicación de dichas eximentes a los supuestos en los que el portador es una persona física o jurídica, pero en ningún caso ante bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

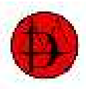
2.1. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD

Cuando el consentimiento concurre como causa de exclusión de la tipicidad, la conducta es atípica. Ergo, en puridad, no se trata de una eximente.

2.1.1. Fundamento del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad

Tiene fundamento en la libertad de disposición del bien jurídico por parte de su portador. Podrá concurrir en los delitos en los que la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo sea un requisito de la conducta típica, dando lugar a dos grupos de figuras delictivas:

- **Figuras delictivas cuyo bien jurídico protegido es la libertad individual**. Si el bien jurídico protegido es directamente la libertad individual, se protege también la libertad de disposición de la misma, a través de consentimiento del sujeto.



- **Figuras delictivas que, junto a un bien jurídico, protegen la libertad de disponer del mismo**. La lesión o puesta en peligro de los bienes protegidos, distintos de la libertad individual, supone la falta de consentimiento de su portador. Así, si éste consiente, falta uno de los elementos del tipo de lo injusto.

2.1.2. Requisitos del consentimiento como causa de exclusión del tipo

Los requisitos que ha de presentar el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad son:

- Ha de ser consciente y libre.
- Es irrelevante el error sobre los motivos por los que se otorga el consentimiento. Sin embargo, es relevante el error sobre el propio bien jurídico, que excluirá la validez del mismo.
- Es irrelevante la forma en que se preste.
- El momento de prestación deberá ser anterior o simultáneo, no siendo válido el consentimiento posterior. En cualquier caso es revocable.
- La capacidad de consentimiento requiere que el sujeto cuente con capacidad natural de juicio, es decir, que sea capaz de comprender el sentido y la trascendencia de su resolución de voluntad en relación con el bien jurídico. Pudiendo el sujeto ser perfectamente inimputable.
- No influyen en la validez del consentimiento otorgado, la índole de los motivos que se encuentren tras el mismo, no excluyéndola por ejemplo su inmoralidad o ilicitud.
- No invalida el consentimiento que el sujeto activo desconozca su existencia; pero posibilita la realización de una tentativa del delito en caso de que su existencia fuera no absolutamente improbable y la conducta objetivamente peligrosa *ex ante*.

2.2. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Ante figuras delictivas en las que se protegen bienes jurídicos individuales disponibles, sin que se proteja, al mismo tiempo, su libertad de disposición. Es decir, son disponibles pero no con carácter general.

2.2.1. Fundamento del consentimiento como causa de justificación

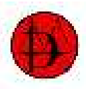
Existen varias teorías al respecto, siendo la más convincente la de NOLL, que se centra en la ponderación de valores que se encuentra tras toda causa de justificación.

Así, el fundamento de esta causa de justificación se encuentra en la prelación de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos implicados en estas situaciones.

2.2.2. Requisitos del consentimiento como causa de justificación

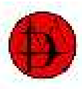
Los requisitos del consentimiento como causa de justificación son similares a los de la causa de exclusión de la tipicidad, pero con algunas salvedades:

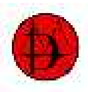
- La eficacia del consentimiento en los delitos de lesiones corporales exige requisitos más rigurosos que los habituales para la aplicación del consentimiento.
- El desconocimiento, por parte del autor de la conducta típica, de la concurrencia del consentimiento, conlleva la exclusión de la aplicación de esta eximente. Ya que toda causa de justificación requiere, con carácter esencial, la concurrencia del elemento subjetivo de actuar con conciencia y voluntad.



2.2.3. Aplicación práctica del consentimiento como causa de justificación

- **El consentimiento como atenuante y como causa de justificación en los delitos de lesiones corporales**. Esta eximente incluye:
    - **La atenuante del consentimiento en los delitos de lesiones corporales**. Art. 155 CP: *"En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección"*. Dicha regulación trae como consecuencias:
        - Con carácter general, el consentimiento queda excluido como causa de justificación en los delitos de lesiones corporales. La integridad física no es un bien jurídico disponible, con carácter general, frente a actuaciones ajenas.
        - Para aplicar la atenuación, se exige que el consentimiento sea expreso y espontáneo, y se excluye el de menores y personas discapacitadas necesitadas de protección.
        - Fundamento: La menor gravedad de lo injusto de estos casos y, en concreto, el menor desvalor de la acción de lesionar cuando concurre el consentimiento del sujeto pasivo.
    - **La causa de justificación del consentimiento en los delitos de lesiones corporales**. Art. 156 CP: *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere en párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil"*.
- **El consentimiento en los delitos imprudentes**. En los delitos imprudentes, el consentimiento se limita a la realización de la conducta típica, ya que es irrelevante su extensión a un resultado ajeno al contenido de la prohibición y que no pertenece a la conducta. Para poder apreciarlo, es necesario una ponderación de valores, implícita en toda causa de justificación, y que se trate de un bien jurídico disponible.
- **El consentimiento presunto**. Se da en aquellos supuestos en los que el portador del bien jurídico no conoce la situación en que su consentimiento se entiende otorgado, pero lo hubiera dado de haberla conocido. El sujeto activo actúa presumiendo que el sujeto pasivo está de acuerdo con su conducta.
    - Se diferencia del **consentimiento tácito**, en los que concurre de forma no expresa.
    - En este curso, no se considera que tenga un perfil propio. Sino que, para que sea efectivo, debe ajustarse a las características de la eximente del consentimiento estudiada.
    - Si el sujeto, que actúa en presumiendo el consentimiento del portador del bien jurídico, está equivocado, cabrá apreciar un error de prohibición, que tendrá su lugar sistemático de análisis en sede de la culpabilidad.





LECCIÓN 19

EL DELITO COMO CONDUCTA ANTIJURÍDICA (III): LA GRADUACIÓN DE LO INJUSTO

1. LO INJUSTO COMO MAGNITUD GRADUABLE

- Conclusión del análisis de la tipicidad: Lo injusto está formado por el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado.
- Conclusión del análisis de la antijuridicidad: La concurrencia de una causa de justificación supone la compensación del desvalor de la conducta y del resultado, convirtiendo el hecho en lícito.

La determinación de la magnitud de lo injusto es fundamental, junto con el grado de culpabilidad y con las posibles exigencias político-criminales de cada caso, para concretar la naturaleza y medida de la pena.

La **constitución del desvalor de la conducta** depende de la naturaleza dolosa o imprudente de la infracción penal.

- En delitos dolosos, pertenecerán a la misma:
  - El dolo y el resto de elementos subjetivos de lo injusto, sin concurren.
  - La infracción de los deberes específicos que atañen al autor en los delitos especiales.
  - El modo, forma y el grado de realización de la conducta.
  - La peligrosidad de la misma en los delitos de acción.
  - La idoneidad de la conducta omitida para evitar el resultado en los delitos de omisión.
- En delitos imprudentes, estará determinado por la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

El **desvalor del resultado** está constituido por la lesión o el peligro del bien jurídico protegido.

El análisis de todos estos elementos permite establecer la gravedad de lo injusto en el proceso de determinación de las consecuencias penales de una conducta. Así, lo injusto es una magnitud graduable, a cuyo análisis, la ley incorpora expresamente una serie de circunstancias que permiten modular la gravedad del desvalor de las conductas y resultados analizados: agravantes y atenuantes.

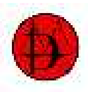
En la sede de antijuridicidad, por tanto, una vez se descarta que la conducta no se encuentra amparada por una causa de justificación, queda determinar la concreta gravedad del hecho antijurídico, mediante el análisis de la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes que lo afecten.

2. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

2.1. CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

También denominadas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, se definen como todo hecho, condición o relación, que la ley regula para modular sin excluir la magnitud de lo injusto, la culpabilidad o la punibilidad de un hecho delictivo.

2.2. CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES



2.2.1. Clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes por su ámbito de aplicación

- **Genéricas**. Reguladas en la Parte General del CP y, son aplicables a todos los delitos compatibles con sus características.
  - Conlleva la aplicación de las reglas de medición de la pena de los arts. 66 y 66 *bis* CP.
- **Específicas**. Reguladas en la Parte Especial del CP y, están incluidas en la descripción de concretas figuras delictivas o grupos de delitos.
  - Conlleva la aplicación de las reglas del art. 67 CP.

2.2.2. Clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes por su fundamento y naturaleza

El fundamento y la naturaleza de éstas dependen del elemento del delito al que afectan su aplicación. Así, puede distinguirse entre circunstancias que suponen una mayor o menor gravedad de lo injusto, de la culpabilidad o de la punibilidad.

En el caso de la punibilidad, y por aplicación del principio *no hay pena sin culpabilidad*, la medida de la pena no puede superar a la medida de la culpabilidad. Ergo, solamente caben circunstancias atenuantes.

3. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES QUE SE BASAN EN UNA MENOR GRAVEDAD DE LO INJUSTO

Se tratan de circunstancias genéricas.

3.1. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN INCOMPLETAS DEL ARTÍCULO 21, REGLA 1ª DEL CÓDIGO PENAL

Art. 21.1 CP: *"Son circunstancias atenuantes… 1) Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en los respectivos casos"*.

Las causas de justificación se consideran incompletas cuando falta alguno de sus componentes no esenciales, así, cabría aplicar el precepto anterior. Por lo general, supone una atenuación de la pena mayor a la del resto de atenuantes genéricas, que está fundamentada en la menor gravedad de lo injusto derivada de la concurrencia de los elementos esenciales de cada una de esas causas de justificación.

En caso de que no concurra un componente esencial de las mismas, o bien se trate de una causa de justificación incompleta de consentimiento (por no estar regulada) a lo sumo, podremos aplicar una atenuante por analogía, con base en el art. 21.7 CP: *"Son circunstancias atenuantes… 7) Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores"*.

En caso de que el sujeto crea por error que concurre alguno de los elementos ausentes, se producirá un concurso de leyes entre la atenuación propia de la eximente incompleta y el error de prohibición, aplicándose la atenuación más favorable.

3.1.1. La causa de justificación incompleta en la legítima defensa

La aplicación de esta eximente incompleta requiere que se den sus elementos esenciales, pudiendo faltar alguno de los no esenciales. Comprende las siguientes situaciones en las que:

- La agresión ilegítima ha tenido su origen en un acto de provocación suficiente por parte del defensor.



- Se ha producido un exceso intensivo en la defensa. En la que, los abogados, frecuentemente, solicitan la aplicación simultánea o subsidiaria de la eximente de miedo insuperable.

Esta eximente no incluye los casos **excesivos** o **impropios**, como aquellos en los que la reacción se produce con posterioridad a la agresión ilegítima o cuando ésta aún no ha comenzado o no es inminente, por no darse todos los elementos esenciales de la legítima defensa.

3.1.2. La eximente incompleta de estado de necesidad

Esta eximente incompleta puede darse bien como causa de justificación incompleta, o bien como causa de exculpación incompleta basada en el principio de la inexigibilidad de la obediencia a la norma.

Su aplicación exige que se dé una situación de necesidad, en la que el mal no sea evitable por un procedimiento menos perjudicial, y que, además, concurra el elemento subjetivo de la conciencia y voluntad de evitar dicho mal, propio o ajeno.

La aplicación de la atenuante del art. 21.1 CP podrá derivar de que:

- El mal causado sea mayor que el que se trataba de evitar.
- La situación de necesidad haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
- El necesitado tenga obligación de sacrificarse por su oficio o cargo.

El fundamento de esta atenuante se basa en que el desvalor del hecho, como tal, es menor. Lo que viene determinado por la concurrencia de los elementos esenciales de la eximente.

3.1.3. La causa de justificación incompleta de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho

La causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho tiene como elementos esenciales:

- La efectiva existencia de una situación de conflicto, que, a su vez, presupone la efectiva existencia del deber o derecho en que se basa la actuación.
- El ánimo de actuar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

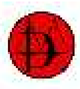
El campo de aplicación del art. 21.1 CP queda reservado a aquellos supuestos en los que:

- El interés salvaguardado resulta de menor entidad que el lesionado.
- El cumplimiento del deber o ejercicio legítimo del derecho no es ajustado al contenido de los mismos.

El fundamento se basa en la menor gravedad de lo injusto, derivada de la concurrencia de los elementos esenciales de la causa de justificación, que determinan un menor desvalor de la conducta como del resultado.

3.2. ATENUANTES POR ANALOGÍA: LAS ATENUANTES POR ANALOGÍA QUE SUPONEN UNA MENOR GRAVEDAD DE LO INJUSTO

Art. 21.7 CP, ya citado, permite la aplicación analógica de las atenuantes recogidas en el mismo art. 21. Se abre la posibilidad de aplicar atenuantes, que supongan una menor gravedad de lo injusto, por analogía con las causas de justificación incompletas del art. 21.1 CP.



3.2.1. Fundamento y límites de las atenuantes por analogía

Analogía *in bonam partem,* el resultado de la analogía será la imposición de una pena menor a la inicialmente prevista.

Hay que determinar los límites del significado práctico del precepto:

- No se puede aplicar la atenuación a cualquier supuesto que suponga una reducción de lo injusto, de la culpabilidad o de las necesidades de punibilidad. Ya que, de lo contrario, vaciaría de contenido la regla del art. 66.6 CP: *"Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho"*.
- Tampoco hay que ceñir su ámbito de aplicación a los elementos constitutivos de las atenuantes del art. 21 CP, ya que sería una reducción excesiva del mismo.
- Se trata de aplicar las atenuantes recogidas expresamente en el art. 21 CP a supuestos en los que concurra la misma *ratio* (los mismos motivos en que se basa la atenuación original).

3.2.2. Las atenuantes por analogía que suponen una menor gravedad de lo injusto

Las atenuantes por analogía tendrán su fundamento en una menor gravedad de lo injusto cuando estén referidas a cualquiera de las causas de justificación incompletas. Se plantean dos posibles campos de actuación:

- **Atenuantes por analogía a las causas de justificación incompletas del artículo 21.1 CP**.
    - Aquellas situaciones en las que falte alguno de los elementos esenciales de las causas de justificación, mediante la aplicación del art. 21.7 CP.
- **Atenuantes por analogía a las causas de justificación incompletas no recogidas en el artículo 21.1 CP: la causa de justificación incompleta del consentimiento**.
    - Supuestos en los que concurre una causa de justificación incompleta no recogida en el art. 20 CP, pero que comparta con las allí reguladas su *ratio essendi*. Es decir, nos sitúa en la esfera de la causa de justificación incompleta del consentimiento.
    - La aplicación analógica de esta eximente no puede fundamentarse en el art. 21.1, sino que debe ser en el art. 21.7 CP.
    - A través de dicho art. 21.7, fundamentamos la aplicación analógica de la eximente incompleta de ejercicio de un derecho a los casos de consentimiento incompleto, al entender que el permiso del portador del bien jurídico habilita al autor de la conducta típica a realizarla.
    - Sus elementos esenciales son la validez del consentimiento y el conocimiento y ánimo de actuar bajo su amparo. Los posibles excesos en el desarrollo de la conducta supondrán la falta del elemento no esencial de la causa de justificación.

4. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES QUE SE BASAN EN UNA MAYOR GRAVEDAD DE LO INJUSTO

Las circunstancias agravantes implican una mayor gravedad de lo injusto del delito. Igualmente, pueden ser:

- Genéricas. Reguladas en la Parte General del CP, arts. 22 y 23 CP.



- Específicas. Reguladas en la Parte Especial del CP, que agravan las penas de concretos delitos.

Las circunstancias agravantes genéricas, a estudiar en este tema, son las siguientes:

- La alevosía.
- El disfraz.
- El abuso de superioridad.
- El aprovechamiento de ciertas circunstancias que debilitan la defensa del ofendido o facilitan la impunidad del delincuente.
- El abuso de confianza.
- El aprovechamiento del carácter público.
- La agravante de parentesco o análoga relación de afectividad.

4.1. LA ALEVOSÍA

Art. 22.1 CP: *"Son circunstancias agravantes… 1ª) Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido"*.

4.1.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante por analogía

La alevosía implica asegurar la ejecución del delito y dificultar la defensa de la víctima. Ello supone un aumento de la probabilidad de producción del resultado. Al resultar la conducta más peligrosa *ex ante*, justifica su mayor desvalor.

Así, es una agravante que supone una mayor gravedad de lo injusto debido a un mayor desvalor de la conducta.

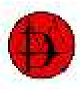
4.1.2. Requisitos de la circunstancia agravante de alevosía

La aplicación de la misma supone la concurrencia de un requisito material de la conducta y otro subjetivo:

- **El requisito objetivo de la circunstancia agravante de alevosía**. Que el sujeto haya empleado medios, modos o formas de ejecución tendentes a asegurar la ejecución del delito sin el riesgo que pudiera suponer para él la defensa que hiciera la víctima. Bastando con que hayan sido efectivamente utilizados.
  - Determina la peligrosidad de la conducta *ex ante*.
- **El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de alevosía**. No se exige que se consiga el objetivo de asegurar la ejecución ni la incolumidad del agresor, sino que basta con que, desde una perspectiva *ex ante*, los medios empleados se muestren idóneos para conseguir tal fin.
  - Se trata de una agravante de tendencia.

4.1.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de alevosía

- Su aplicación está limitado a los delitos contra las personas. Lo que puede interpretarse según:
  - **Criterio formal**. Respeta los límites anteriores al Código de 1995.
  - **Criterio material**. Se amplía a otras figuras delictivas que afecten a bienes jurídicos cuyo portador sea una persona física. Así, sería aplicable, tanto a los delitos que afecten



directamente a la vida o a la integridad física, como a otros que afecten a bienes jurídicos personales.

- Únicamente aplicable a delitos dolosos.
- El TS suele agrupar los casos de alevosía en tres grupos:
    - Aquellos en que se emplea la emboscada o el acecho.
    - Aquellos que suponen un ataque sorpresivo o inesperado.
    - Aquellos en los que la víctima no puede prestar ninguna oposición por estar dormida, bajo los efectos de determinadas sustancias o en determinadas posiciones.

4.2. EL DISFRAZ

Art. 22.2 CP: *"Son circunstancias agravantes… 2ª) Ejecutar el hecho mediante disfraz…"*.

4.2.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de disfraz

Se fundamenta en el mayor desvalor de la conducta, debido a que el sujeto asegura una ejecución exitosa al utilizar un disfraz que, bien determine una mayor vulnerabilidad del ofendido, o bien, dificulte que sobre él actué la justicia. La conducta resulta peligrosa *ex ante*.

Así, se basa en la mayor gravedad de lo injusto, derivada del mayor desvalor de la conducta.

Para aplicarla debe exigirse, en todo caso, una mayor gravedad de lo injusto, sin que razones exclusivamente político-criminales, conectadas con la punibilidad como categoría del delito, sean suficientes para justificar el aumento de la pena.

4.2.2. Requisitos de la circunstancia agravante de disfraz

Esta atenuante supone la concurrencia de los siguientes requisitos:

- **El requisito objetivo de la circunstancia agravante de disfraz**. El delincuente ha de enmascarar su aspecto utilizando cualquier medio que oculte total o parcialmente su rostro o apariencia.
    - La conducta es peligrosa *ex ante.*
- **El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de disfraz**. El delincuente utiliza el disfraz con el objetivo de asegurar la comisión del delito debilitando la defensa del ofendido o facilitando su impunidad. No es necesario que consiga su objetivo, sino que basta con que, *ex ante*, no aparezca como absolutamente improbable.
    - Se trata de una agravante de tendencia.

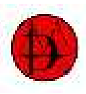
4.2.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de disfraz

- Sólo podrá aplicarse en delitos dolosos.
- El disfraz implicará siempre alevosía.

4.3. EL ABUSO DE SUPERIORIDAD

Art. 22.2 CP: *"Son circunstancias agravantes… 2ª) Ejecutar el hecho… con abuso de superioridad"*.

4.3.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de abuso de superioridad



El prevalerse de una notoria desproporción de fuerzas característica del abuso de superioridad determina una mayor peligrosidad de la conducta. La misma, tendrá mayor probabilidad de éxito (*ex ante*), evitando riesgos para el sujeto activo. Se fundamenta en una mayor gravedad de lo injusto derivada del mayor desvalor de la conducta.

4.3.2. Requisitos de la circunstancia agravante de abuso de superioridad

Presupone la concurrencia de los siguientes requisitos:

- **El requisito objetivo de la circunstancia agravante de abuso de superioridad**. Se debe dar una notoria desproporción de fuerzas entre el agresor y la víctima. Y el abuso debe ser efectivo.
  - Ello supone una mayor peligrosidad de la conducta, desde una perspectiva *ex ante*.
- **El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de abuso de superioridad**. El sujeto debe ser consciente de su superioridad y prevalerse voluntariamente de la misma.

4.3.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad

- De aplicación exclusiva en delitos dolosos.
- Dicho abuso no está restringido a los delitos contra las personas.
- La alevosía no implica necesariamente abuso de superioridad. Pero éste, siempre supone alevosía.

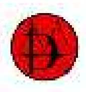
4.4. APROVECHAMIENTO DE CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO O AUXILIO QUE DEBILITEN LA DEFENSA DEL OFENDIDO O FACILITEN LA IMPUNIDAD DEL DELINCUENTE

Art. 22.2 CP: *"Son circunstancias agravantes… 2º) Ejecutar el hecho… aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente"*.

4.4.1. Aprovechamiento de la circunstancia de lugar

- **Fundamento y naturaleza de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar**. Agravante que supone un mayor desvalor de la conducta, bien porque esta resulta más peligrosa al realizarse en un lugar que facilita la realización del delito, bien porque debilita la defensa del ofendido, bien porque dificulta la persecución del delincuente.
  - En los casos en que exclusivamente se facilite la posterior impunidad del delincuente será preciso que se produzca un efectivo aumento del desvalor de la conducta por ser más peligrosa, y no meras consideraciones político-criminales. Ya que, de otro modo, se vulneraría el principio de culpabilidad.
- **Requisitos de aplicación de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar**.
  - **El requisito objetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar**. Se ha de tratar de cualquier lugar que suponga un debilitamiento de la víctima o que facilite la impunidad del delincuente.
  - **El requisito subjetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar**. El sujeto ha de ser consciente y tener voluntad de aprovechar tales circunstancias.
- **Ámbito de aplicación de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar**. Exclusivamente en delitos dolosos.

4.4.2. Aprovechamiento de la circunstancia de tiempo



- **Fundamento y naturaleza de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo**. Se basa en el mayor desvalor de la acción que supone actuar en determinadas circunstancias de tiempo, que hacen más peligrosa *(ex ante)* la conducta, suponiendo un mayor desvalor de lo injusto.
  - En los casos en los que simplemente facilita la impunidad del sujeto activo, es preciso conectar este hecho con una mayor facilidad en la ejecución del delito. De lo contrario, se vulneraría el principio de culpabilidad.
- **Requisitos de aplicación de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo**.
  - **El requisito objetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo**. Que el momento de la ejecución del delito determine una mayor facilidad para su realización por debilitar la defensa del ofendido o por facilitar la impunidad del autor.
  - **El requisito subjetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo**. El sujeto ha de tener consciencia y voluntad de aprovecharla con el objetivo de debilitar la defensa del ofendido o facilitar su impunidad.
- **Ámbito de aplicación de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo**. Exclusivamente en delitos dolosos.

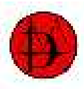
4.4.3. Aprovechamiento del auxilio de terceros

- **Fundamento y naturaleza de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros**. Se basa en la mayor gravedad de lo injusto por ser mayor el desvalor de la conducta, debido a la mayor peligrosidad de la misma. Ya que, el comportamiento de quien aprovecha el auxilio de otros para facilitar la ejecución del delito, tiene más probabilidades de éxito.
  - En los casos de facilitación de la impunidad del delincuente, es preciso que se dé efectivamente una mayor gravedad de lo injusto.
- **Requisitos de aplicación de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros**.
  - **El requisito objetivo de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros**. El sujeto se debe ayudar de terceros para ejecutar el delito, para debilitar la defensa del ofendido o facilitar su impunidad.
    - Será suficiente que concurra una sola persona en ayuda del autor. Se excluyen los casos de coautoría, por ser todos los intervinientes autores. Son, por lo tanto, casos en los que junto al autor, intervienen cómplices o cooperadores necesarios.
  - **El requisito subjetivo de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros**. El sujeto activo debe tener la conciencia y voluntad de recibir el auxilio.
- **Ámbito de aplicación de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros**. Exclusivamente en delitos dolosos.

4.5. EL ENSAÑAMIENTO

Art. 22.5 CP: *"Son circunstancias agravantes… 5ª) Aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito"*.

Art. 139.1 CP: *"Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes… 3ª) Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido"*.



Art. 148 CP: *"Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido… 2ª) Si hubiere mediado ensañamiento…"*.

Una única circunstancia agravante recogida en tres lugares del CP, con dos descripciones parcialmente distintas, lo que puede traducirse en problemas en la interpretación de su naturaleza jurídica.

4.5.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de ensañamiento

- Un sector de la doctrina estima que supone una mayor gravedad de lo injusto.
- Otro sector, se decantan porque afecta a la culpabilidad.
- **Otros, consideran que el ensañamiento afecta a la gravedad de ambos elementos del delito**. La redacción del art. 22.5 CP hace referencia a dos requisitos:
    - El aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima. El carácter deliberado e inhumano implica una actitud subjetiva (disposición de ánimo cruel), que supone una mayor reprochabilidad de la conducta.
    - La causación de padecimientos innecesarios. Determina un mayor desvalor de la conducta, que se traduce en un mayor desvalor del resultado. Conllevando, todo ello, a una mayor gravedad de lo injusto.

Así, dicha agravante se basa en una mayor gravedad tanto de lo injusto como de la culpabilidad.

4.5.2. Requisitos de la circunstancia agravante de ensañamiento

- **El requisito objetivo de la circunstancia agravante de ensañamiento**. El autor debe haber actuado produciendo un aumento innecesario del sufrimiento de la víctima. Dicha causación debe ser efectiva.
- **El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de ensañamiento**. El sujeto activo debe actuar con la conciencia y voluntad de aumentar el dolor de la víctima de un modo inhumano, lo que supone la mayor reprochabilidad de la conducta.

4.5.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de ensañamiento

De aplicación exclusivamente en delitos dolosos.

4.6. EL ABUSO DE CONFIANZA

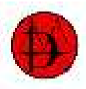
Art. 22.6 CP: *"Son circunstancias agravantes… 6ª) Obrar con abuso de confianza"*.

4.6.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de abuso de confianza

Esta agravante exige que el autor aproveche las relaciones de lealtad existentes con la víctima para allanar el camino de la ejecución del delito. Así, la conducta resulta más peligrosa *ex ante*, lo que implica un mayor desvalor de la conducta, que supone una mayor gravedad de lo injusto.

4.6.2. Requisitos de la circunstancia agravante de abuso de confianza

- **El requisito objetivo de la circunstancia agravante de abuso de confianza**. Es preciso que se dé una relación de confianza entre autor y víctima. El nivel exigible de dicha confianza es motivo de discusión doctrinal, no obstante, optando por el término medio, es exigible una cierta familiaridad entre



delincuente y ofendido. No obstante, será necesario analizar cada caso concreto. El abuso ha de ser efectivo.

- **El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de abuso de confianza**. El autor ha de aprovechar conscientemente la relación de confianza con la víctima para facilitar la realización del delito.

4.6.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de abuso de confianza

De aplicación exclusivamente en los delitos dolosos.

4.7. APROVECHAMIENTO DEL CARÁCTER PÚBLICO DEL CULPABLE

Art. 22.7 CP: *"Son circunstancias agravantes… 7ª) Prevalerse del carácter público que tenga el culpable"*.

4.7.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de aprovechamiento público del culpable

Esta agravante supone un mayor desvalor de la conducta, determinado por la mayor peligrosidad de la misma, pues el aprovechamiento del carácter público del sujeto ha de servir para facilitar la comisión del delito. Este mayor desvalor de la conducta, también viene determinado por la infracción de los deberes propios de la especial posición del autor.

Así, se trata de una agravante que supone una mayor gravedad de lo injusto.

4.7.2. Requisitos de la circunstancia agravante de aprovechamiento público del culpable

- **El requisito objetivo de la circunstancia agravante de aprovechamiento público del culpable**. El sujeto ha de participar en funciones públicas. Su posición ha de suponer una ventaja efectiva a la hora de cometer el delito, facilitando su comisión o disminuyendo el riesgo de la misma para el autor.
- **El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de aprovechamiento público del culpable**. El sujeto ha de aprovechar consciente y voluntariamente su participación en las funciones públicas con el objeto de facilitar la comisión del delito.

4.7.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de aprovechamiento público del culpable

De aplicación exclusiva en delitos dolosos.

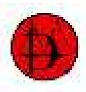
Conviene matizar que, esta agravante no será de aplicación en los delitos especiales que requieren la cualidad de funcionario público, ya que la agravación se encuentra implícita en la valoración de los mismos.

4.8. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO O ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD

Art. 23 CP: *"Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente"*.

4.8.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

Es preciso distinguir los supuestos en que se aplica con efecto agravante de aquellos en que concurre como atenuante.



- **Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de parentesco o análoga relación de afectividad**. Se basa en un mayor desvalor de la conducta derivada de la infracción de los deberes que surgen en el ámbito de este tipo de relaciones. Es decir, se basa en la mayor gravedad de lo injusto.
- **Fundamento y naturaleza de la circunstancia atenuante de parentesco o análoga relación de afectividad**. Se basa en una menor culpabilidad del autor; disminución de la culpabilidad que habrá de compensar el posible mayor injusto de la conducta.

4.8.2. Requisitos de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

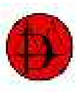
- **El requisito objetivo de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad**. Entre el autor y la víctima ha de existir o haber existido una relación de matrimonio o análoga relación de afectividad o ser ascendiente, descendiente, o hermano por naturaleza o adopción del defensor o del cónyuge o conviviente.
- **El requisito subjetivo de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad**. El sujeto activo ha de tener conocimiento de la existencia de la relación de parentesco o análoga.

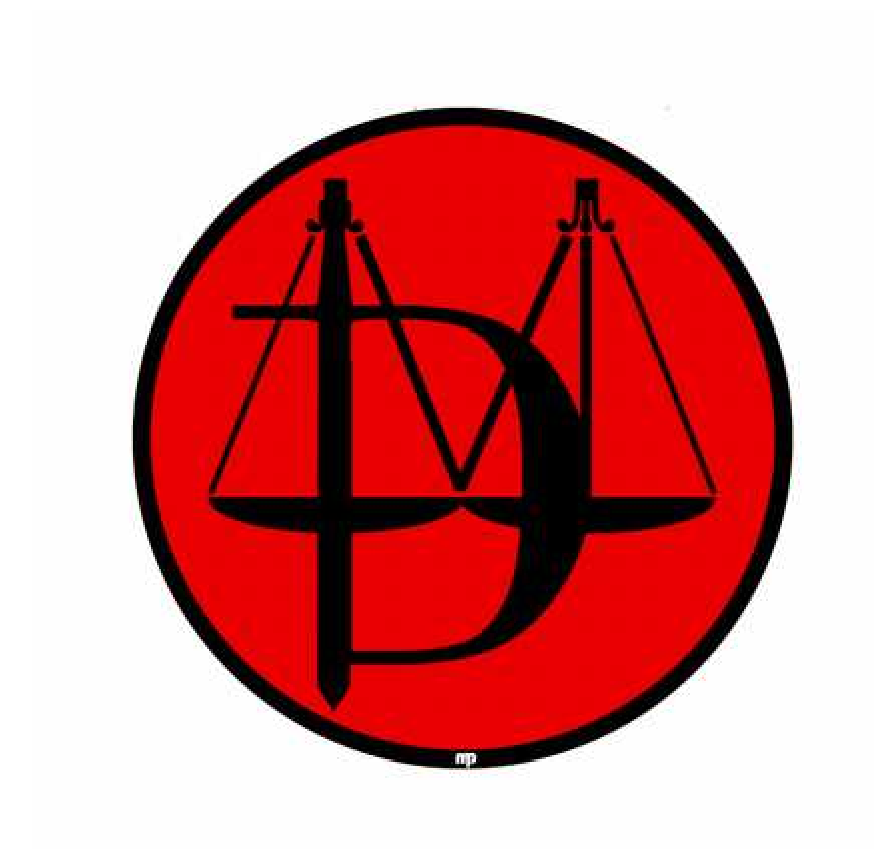
4.8.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

Por lo general, se estima que:

- Tiene carácter agravante en delitos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual.
- Tiene carácter atenuante en los delitos contra el patrimonio.
- Aunque, en otros casos, como en los delitos contra el honor, puede concurrir con uno u otro carácter, dependiendo del caso.

Igualmente, se tratan de delitos dolosos. Y no se deberá aplicar en los casos en los que se encuentre implícita en un determinado delito.





EJERCICIOS DE AUTOEVALUACIÓN

Apuntes personales. Curso 2015/2016

DESCRIPCIÓN BREVE

EJERCICIOS DE AUTOEVALUACIÓN

BLOQUE I: INTRODUCCIÓN

LECCIÓN 1

1. ¿Cuándo podemos decir que es legítima la aplicación del Derecho penal?

Cuando dicha aplicación se ajusta al par conceptual: Por un lado, *ius poenale,* como el conjunto de las normas penales positivadas; y por el otro, *ius puniendi*, como el poder del Estado a establecer y aplicar leyes penales, que será legítimo siempre que sea imprescindible para mantener el orden social.

2. ¿Qué principios caracterizan la protección que otorga el Derecho penal a los bienes jurídicos?

El principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, por los que éste sólo se aplicará en los casos más graves de agresión a bienes jurídicos protegidos, y sólo cuando la protección otorgada por otros sectores del Derecho resulte insuficiente.

3. Relacione la naturaleza pública del Derecho penal con el hecho de que los portadores de los bienes jurídicos puedan ser los individuos o la comunidad.

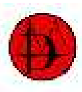
La persona vive en sociedad formando parte de colectivos que se interrelacionan entre sí. Toda convivencia es caldo de cultivo para que surjan conflictos, por lo que resulta necesario que el Derecho penal, como derecho público, proteja ciertos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social: los bienes jurídicos. Éstos no son privativos de los ciudadanos, sino que pertenecen al Derecho por así haberlos calificado, otorgando al Estado legitimación para imponer penas o medidas de seguridad a quienes los agredan, radicando ahí la naturaleza pública del Derecho penal.

4. ¿Qué tipos de bienes jurídicos existen?

- Bienes jurídicos individuales. Inherentes a la propia esfera de la persona. Ejemplo: la integridad física y moral, o el derecho a la vida.
- Bienes jurídicos colectivos. Siguen perteneciendo a la esfera del individuo, en cuanto éste forma parte de una comunidad. Constituyen una defensa adelantada de los primeros. Ejemplo: La salud pública, que protege al ejemplo anterior.
- Bienes jurídicos supraindividuales. No están ligados a los bienes individuales, sino que tienen por función proteger las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema. Ejemplo: El pago de impuestos a Hacienda, para que se den las circunstancias necesarias para que los ejemplos anteriores puedan darse.

5. La reforma de un cierto Código penal transforma en delito la conducción de vehículos a motor sin poseer el permiso preceptivo. Valore la decisión del Legislador.

Teniendo en cuenta que la obtención del permiso preceptivo tiene por función principal otorgar al beneficiario una serie de conocimientos teórico-prácticos sobre la conducción del vehículo del que se trate; la toma de un vehículo sin los mismos conlleva la puesta en peligro de la integridad física de terceros, bien jurídico individual.



Atendiendo a las circunstancias ético-sociales, si se observa que esta práctica es generalizada en la sociedad, la tipificación como delito coadyuvará a evitar que se aquélla se lleve a cabo, por el carácter disuasorio de la pena.

No obstante, si esta vicisitud pudiera ser resuelta por otro sector del Derecho, en virtud del principio de mínima intervención y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, creo que sería más oportuno endurecer la sanción administrativa, de tal forma que adquiera igualmente un carácter disuasorio.

6. Defina los conceptos material y analítico de delito.

- La percepción material del delito consiste en la conducta que pone en peligro un bien jurídico protegido por las leyes penales, atentando contra las concepciones jurídicas, ético-sociales, económicas y políticas fundamentales de una sociedad.
- La percepción analítica del delito, consiste en que el mismo debe estar conformado por cinco elementos secuenciales: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad.

7. ¿Es rechazable el pensamiento de la retribución en el sistema penal trazado por el art. 25.2 CE? Razone su respuesta.

Resulta evidente a tenor de lo dispuesto en el art. 25.2 CE, que el mismo traza una dirección a la que debe enfocarse el sistema penal español: "la reeducación y la reinserción social".

Teniendo en cuenta que el pensamiento retributivo básicamente consiste en compensar el mal causado por el acto ilícito, mediante una pena tan dura como sea necesario "para igualar el marcador".

Puede concluirse que un pensamiento exclusivamente retributivo conllevaría que, o bien el culpable rechazara la pena por considerarla injusta, renegando así del sistema, y por consecuencia, provocando que la reeducación no sea completa o ni llegue a producirse; o bien, que por finalizar la pena impuesta, el reo se reincorpore a la sociedad sin estar reeducado ni reinsertado, por lo que existirá una alta probabilidad de reincidencia.

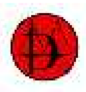
8. Comente las consecuencias que tendría sobre las penas establecidas en un Código penal que se determinaran atendiendo únicamente a fines preventivos especiales.

Consistiendo el pensamiento preventivo básicamente en que, por un lado la sociedad no realice conductas delictivas (prevención general), o por otro, que el condenado no vuelva a delinquir (prevención pasiva).

Esto podría desvirtuar el sistema penal español por las siguientes razones:

- Que la sociedad deje de considerarlo justo, por producirse penas exageradamente abusivas en aras de buscar la ejemplaridad en la sociedad: prevención general negativa.
- Que igualmente deje de considerarlo justo, por mostrar el reo una aparente (o no) reeducación y aptitudes para la reinserción, que reduzcan la pena hasta el punto de prescindir de ella: prevención especial positiva.
- Que, por el contrario, el condenado sufra una pena eterna por no haberse reeducado.

9. Comente las consecuencias que tendría sobre las penas establecidas en un Código penal que se determinaran atendiendo únicamente a fines preventivo generales.



En relación con la respuesta dada en la pregunta anterior, dichas penas podrían ser:

- Consideradas injustas por ser insuficientes, al haberse reducido o prescindido de la misma, en aras de la escasa repercusión estadística, por ejemplo. Sin valorar la gravedad material del delito. Caso de la prevención general positiva.
- Consideradas injusta por ser excesiva por superar la gravedad material de la conducta, buscando únicamente disuadir a los ciudadanos de repetir la conducta, por miedo a la pena. Caso de la prevención general negativa.

10. ¿Cuáles son las principales diferencias entre en fundamento y fines de la pena y los de la medida de seguridad?

La pena se compone de un carácter retributivo y otro preventivo. En cambio, la medida de seguridad únicamente es de carácter preventivo especial. Esto es así, porque la segunda se aplicará atendiendo a la peligrosidad del delincuente y su grado de reeducación y reinserción, es decir, a la probabilidad de reincidencia. Así, se aplicarán cuando no se haya podido aplicar una pena, o bien, cuando complemente una pena insuficiente.

LECCIÓN 2

1. ¿Qué criterio debe seguir el legislador para distinguir cuándo debe castigar una conducta como delito y cuándo como mero ilícito administrativo?

El criterio cuantitativo, es decir, la gravedad de la infracción cometida.

2. ¿Puede un funcionario ser castigado penalmente, y además, recibir una sanción disciplinaria?

Perfectamente, siempre que no se dé la triple identidad: mismo hecho, mismo sujeto y mismo fundamento del castigo.

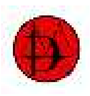
Ejemplo más evidente: Personal de las FAS, que puede incurrir en pena por delito, y al mismo tiempo, coincidiendo mismo sujeto y hecho, puede ser sancionado administrativamente (también con privación de libertad), por ser el fundamento del castigo distinto. En el primero, la agresión al bien jurídico protegido, y en el segundo, por considerar que dicho ilícito penal también constituye falta administrativa por vulnerar la disciplina, bien jurídico protegido, en cuanto a factor de cohesión de la especial relación de sujeción del individuo con la Administración.

3. ¿Tiene el Derecho penal una naturaleza meramente secundaria?

Sí.

Debido al principio de intervención mínima y su carácter de *ultima ratio*, el Derecho penal tiene una función valorativa, en cuanto debe determinar que conductas ilícitas, unas veces reguladas en otros sectores del Derecho, otras no, deben ser castigadas con pena. Recurriendo a otros sectores del Derecho menos lesivos cuando esto fuera posible.

4. ¿Es la jurisprudencia fuente del Derecho penal? ¿Por qué? ¿Qué funciones cumple?



No puede ser considerada como fuente directa del Derecho, y por extensión, del Derecho penal.

Pero sí puede ser considerada como fuente indirecta, en cuanto la jurisprudencia del TS, reiterada, causa doctrina, y debe ser respetada por los Tribunales y Jueces subordinados, y por el mismo TS. No obstante, éste puede distanciarse de la jurisprudencia mantenida, optando por otra línea jurisprudencial, siempre que esté debidamente justificado.

Por ello, se dice que la jurisprudencia tiene una función de complementación del ordenamiento jurídico, al interpretar los Tribunales y Jueces las fuentes directas para su aplicación en casos concretos.

5. ¿Está recogido expresamente el principio de legalidad en nuestro ordenamiento? En caso afirmativo, ¿dónde?

Sí. Concretamente en el art. 9.3 de nuestra Constitución, así como en los artículos 1 y 2 del Código Penal.

6. Si hablamos del origen democrático de las leyes, ¿a qué aspecto del principio de legalidad nos remitimos?

Al aspecto formal. Las leyes deben emanar del órgano competente y con la forma (Ley Orgánica, Ley, decreto legislativo) que proceda.

7. ¿Qué es una ley penal en blanco y qué requisitos debe cumplir para ser conforme a la Constitución?

La ley penal en blanco consiste en que un precepto de una determinada ley, a falta de la taxatividad exigida por el principio de legalidad, realice una remisión a otro precepto de la misma ley, a otra ley, e incluso a otra disposición normativa jerárquicamente inferior. Son requisitos para la remisión: que sea expresa, justificada, que sus elementos esenciales estén suficientemente determinados en la ley en blanco, y que con dicha remisión complementaria queden satisfechas todas las exigencias de certeza.

8. ¿En qué se diferencian analogía e interpretación extensiva?

Analogía consiste en la aplicación de una norma a un supuesto que no está comprendido en la ley, ni en el espíritu de la misma, pero que es semejante a otro supuesto sí comprendido.

Interpretación extensiva, es la aplicación de una norma a un supuesto que, a pesar de no estar comprendido en su tenor literal, sí lo está en su espíritu, que suele encontrarse en la exposición de motivos de la misma ley.

9. ¿Qué tres subprincipios fundamentales integra el principio de legalidad en su aspecto material?

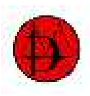
El principio de legalidad en su vertiente material tiende a garantizar la seguridad jurídica, mediante los siguientes tres subprincipios:

- Principio de taxatividad o tipicidad.
- Principio de irretroactividad de las leyes desfavorables.
- Prohibición de la analogía.

10. ¿Qué clases de analogía y en qué medida están permitidas por nuestro Código penal?

Nuestro CP prevé dos tipos de analogía:

- Analogía desfavorable al reo. Prohibida taxativamente por nuestro CP.



- Analogía favorable al reo. Parcialmente permitida, solo por el artículo 21.7 CP, trae consigo discusiones doctrinales, por lo que se entiende, a tenor de lo dispuesto por el art. 4 CP, que aun existiendo para un caso concreto las circunstancias que posibilitarían la aplicación de este tipo de analogía por parte del Juez o Tribunal, éste no podría aplicarla directamente, sino que debería limitarse a solicitar su aplicación y posterior modificación de la norma.

LECCIÓN 3

1. ¿Qué efectos tiene la declaración de inconstitucionalidad de una ley?

La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico, y tiene efecto frente a todos. En concreto, podemos señalar que:

- No afectará retroactivamente a las sentencias emanadas de los Jueces y Tribunales con anterioridad a dicha declaración del TC.
- En los casos de que una conducta fuese despenalizada, o un precepto de la ley penal fuese modificado reduciendo la responsabilidad del reo, se procederá a la revisión de la pena, si ésta aún no se hubiese cumplido.
- En los casos de haberse cumplido la pena, los antecedentes no serán tenidos en cuenta como agravante en caso de reincidencia.

2. ¿Qué significa el principio de irretroactividad de la ley?

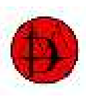
Dicho principio se subsume en el principio de legalidad en su vertiente material para garantizar la seguridad jurídica, conllevando que una ley cuya vigencia sea posterior a la comisión u omisión de un acto típico, en el caso de ley penal, no podrá ser aplicada al mismo, debiéndose juzgar este por la ley vigente en el momento de comisión del hecho.

No obstante, esta es la norma general, conocida como irretroactividad de la ley desfavorable al reo. Existiendo la excepción de aplicar retroactivamente la ley ahora vigente cuando ésta fuera para el reo más favorable que la vigente en el momento de comisión de los hechos.

3. ¿Cuáles son los ámbitos más problemáticos?

La irretroactividad de las leyes penales desfavorables trae consigo casos problemáticos:

- Cuando una ley en blanco hace referencia a una norma extrapenal. Se considera ésta como parte de aquélla, siéndole de aplicación la regla general.
- Las medidas de seguridad y estados peligrosos, pese a tener un fin curativo, se equiparan a la pena, por afectar aquéllos a derechos fundamentales.
- La variación por ley de plazos de prescripción.
- La modificación de leyes sobre la ejecución de las penas.
- La aplicación de la ley vigente ante delitos complejos, continuados y permanentes.
- La jurisprudencia no se considera fuente del Derecho, ergo no está sometida a esta regla. Lo que choca con la doctrina del TEDH.
- La excepción de las leyes temporales, a las que no les afecta el principio de retroactividad de ley penal favorable, salvo que se disponga lo contrario.



4. ¿Regula nuestro CP el momento de comisión del delito a los efectos de aplicación de la ley en el tiempo? ¿Cómo?

Existen dos consideraciones sobre el momento en el que se comete el delito:

- Consideración del resultado. El delito se comete cuando la conducta se ha realizado y provocado los efectos, es decir, se ha consumado.
- Consideración de la acción. El delito se comete cuando se ejecuta la conducta antijurídica. Este es el criterio que sigue nuestro CP en su art. 7.

5. Explique las dos diferentes opiniones sobre la aplicación de nuevos plazos de prescripción. ¿Cuál de ellas siguen nuestros tribunales?

Las dos opiniones al respecto son:

- Consideración de la norma nueva como norma procesal. Lo que implicaría que la aplicación del nuevo plazo no sería una aplicación retroactiva de la norma.
- Consideración de la norma nueva como norma penal. Considerando la prescripción dentro del Derecho penal, supondría entender que una prolongación posterior del plazo de prescripción sería un gravamen, cuya aplicación no podría darse por ser contraria al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. O por el contrario, su disminución debería aplicarse retroactivamente por ser más favorable. Doctrina que sigue nuestros Jueces y Tribunales.

6. ¿Es posible aplicar retroactivamente una ley penal? En su caso, ¿cuáles son los requisitos y límites?

Es posible, pero solo excepcionalmente, cuando la nueva ley penal suponga una mejora de las condiciones para el sujeto, es decir, se admite exclusivamente la aplicación retroactiva de la ley penal favorable.

7. ¿Cómo se determina cuál es la ley más favorable?

Por lo general, la ley favorable va a ser aquella que suponga una mejora de las circunstancias para el sujeto, ya sea por reducir la pena, por despenalizar la conducta, por reducir los plazos de prescripción del ilícito, etc. No obstante, no se permite tomar preceptos arbitrariamente de una ley anterior y otra vigente, según resulten más favorables para el sujeto, ya que técnicamente estaríamos ante otra disposición normativa diferente.

Y en caso de duda en la determinación de la ley más favorable, competerá al Juez dicha decisión, quien podrá o deberá oír al sujeto, sin que suponga vinculación alguna.

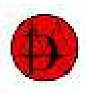
8. ¿Qué es una ley temporal?

Una ley temporal es aquella cuya entrada en vigor viene precedida por la concurrencia de unas circunstancias especiales para las que se promulga. Su vigencia tendrá lugar hasta que éstas desaparezcan.

9. ¿Y una ley intermedia?

Una ley intermedia es aquella cuya vigencia se sitúa entre dos leyes, una precedente a la que sustituyó, y otra posterior que la derogó.

10. ¿Es posible la aplicación retroactiva de las mismas?



La aplicación retroactiva de la ley intermedia es posible, en cuanto ésta fuese favorable para el sujeto, entiendo el TS que el mismo no pudo beneficiarse de las condiciones favorables por la poca celeridad con que funciona la Justicia.

Sin embargo, la ley temporal será de aplicación a los delitos que se cometieran durante su vigencia, con independencia de que se juzguen cuando ya estuviese derogada. Es decir, el sujeto no podrá beneficiarse de la retroactividad de ley favorable, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

LECCIÓN 4

1. ¿Cuál es el significado del principio de territorialidad?

Es el principio fundamental sobre la aplicación de la ley penal en el espacio, consistiendo en que las leyes penales españolas se aplicarán a todo delito cometido en territorio nacional, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima.

2. Además del principio de territorialidad, ¿qué otros principios implican la aplicación del Derecho penal español a un determinado supuesto?

Existen otros principios de aplicación de la ley penal en el espacio, complementarios al principio de territorialidad:

- Principio de personalidad activa.
- Principio de protección de intereses.
- Principio de jurisdicción universal.
- Principio de personalidad activa.
- Principio de justicia supletoria.
- No siendo principio, la cláusula de cooperación *aut dedere aut iudicare*.

3. ¿En qué consiste el principio de doble incriminación y en qué casos se aplica?

El principio de doble incriminación aplicable en el procedimiento de extradición mixto, modelo adoptado por nuestro ordenamiento jurídico. El mismo consiste en que el hecho delictivo debe estar tipificado como tal, tanto en el Estado requirente, como en el Estado requerido.

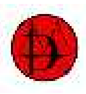
4. ¿Es posible condenar en España a un español que delinquió en el extranjero y fue absuelto, indultado o cumplió condena allí? ¿Con qué requisitos?

La respuesta correcta y simple a la pregunta es NO.

No obstante, sí sería posible, en virtud del principio de personalidad activa, cuando el sujeto ni hubiese sido absuelto ni indultado ni penado, o no hubiese cumplido totalmente la condena, en el país extranjero donde se cometieron los hechos. Ya que en caso contrario, estaríamos conculcando el principio *ne bis in idem*.

5. Los reos de un delito de genocidio ¿pueden ser juzgados en nuestro país pese a que no se haya cometido el delito en el mismo ni sean españoles? ¿En qué supuestos?

Sí, en virtud del principio de jurisdicción universal o de justicia universal.



Los supuestos son:

- Que el procedimiento se dirija contra un español.
- Que el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España.
- Que el procedimiento se dirija contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

No obstante, con la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ, se ha limitado dicha justicia universal de forma que, si se puede afirmar que España tiene la carga de localizar a los criminales que se oculten en su territorio nacional y llevarlos ante sus tribunales, también se puede afirmar que ya no tiene la carga de buscarlos fuera de su territorio ni reclamarlos allí donde estén.

6. ¿Qué clases de extradición existen?

- Extradición gubernamental. Solo participa el gobierno.
- Extradición judicial. Solo participa los órganos judiciales.
- Extradición mixta. Participan órganos de ambos poderes: Ejecutivo y Judicial. Modelo seguido por España.

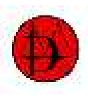
Además, la extradición también se puede diferenciar en activa y pasiva:

- Extradición activa. Solicitud que el Estado requirente realiza al Estado requerido.
- Extradición pasiva. Entrega del delincuente que el Estado requerido realiza al requirente.

7. Señale los límites a la extradición pasiva que recoge nuestra legislación.

La extradición pasiva consiste en la entrega del delincuente al Estado requirente. Ésta puede concurrir en causas de:

- Denegación obligatoria:
  - Cuando sean delitos de carácter político.
  - Cuando sean delitos militares tipificados por la Legislación española y delitos cometidos a través de los medios de comunicación social en el ejercicio de la libertad de expresión, y de los que solo son perseguibles a instancia de parte, con excepción de delitos sexuales.
  - Cuando la persona reclamada fuera a ser juzgada en el Estado requirente por un tribunal de excepción.
  - Cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal conforme a la legislación española o a la del Estado requirente.
  - Cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos.
  - Cuando el Estado requirente no diera garantía de que la persona reclamada no será ejecutada o no será sometida a penas que atenten contra su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.
  - Cuando el Estado requirente no hubiera dado garantías de celebrar un nuevo juicio en caso de condena en rebeldía.
  - Cuando a la persona reclamada le hubiere sido reconocida la condición de asilado.
- Denegación facultativa:



- Cuando el Estado requerido tenga razones para creer que la solicitud está motivada por un delito de naturaleza común, se haya presentado para perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas.
- Cuando la persona reclamada sea menor de dieciocho años en el momento de la demanda, y teniendo residencia habitual en España, se considere que la extradición puede impedir su reinserción social.

8. ¿Cuándo se puede conceder asilo y en qué casos debe rechazarse?

El asilo consiste en la protección que se le otorga a una persona no devolviéndole, expulsándole o extraditándole. Es un derecho humano, para cuya concesión por el Estado requiere que la persona solicitante tenga la condición de refugiado.

El solicitante debe argumentar fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo u opiniones políticas en el país de su nacionalidad o de residencia habitual.

9. ¿Qué es la protección subsidiaria?

En contraste con el asilo, la protección subsidiaria, se otorga a las personas que no reúnen los requisitos para obtener el asilo, pero se cree que de volver a su país de origen o donde residiera habitualmente, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir una pena de muerte, tortura, tratos inhumanos o degradantes, etc.

10. ¿Qué supone la orden europea de detención y entrega?

La euro-orden es una medida de cooperación judicial internacional en materia penal, por los que los Estados miembros de la UE reconocen recíprocamente la validez y la eficacia del sistema judicial de los mismos, confiando en los mismos. Así, España puede emitir orden de detención y entrega por la que se reclama a un presunto delincuente que se encuentra en otro Estado miembro, como también, España puede ser requerida a que cumpla con una euro-orden recibida en el sentido contrario.

11. ¿En qué situaciones será competente la Corte Penal Internacional?

La competencia de la CPI es complementaria a la de los Estados adheridos al Estatuto de Roma, interviniendo solo cuando:

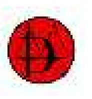
- El Estado que tiene jurisdicción sobre el asunto no quiere o no puede enjuiciarlo.
- Celebra un proceso fraudulento, dirigido a garantizar la impunidad del acusado.

12. ¿Qué delitos están mencionados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional?

Los definidos en el art. 5 del Estatuto de Roma: *"1.) La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: A) El crimen de genocidio; B) Los crímenes de lesa humanidad; C) Los crímenes de guerra; D) El crimen de agresión. 2.) La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas"*.

A su vez, los delitos citados se encuentran tipificados en los siguientes artículos:

- Genocidio: art. 6.



- Crímenes de lesa humanidad: art. 7.
- Crímenes de guerra: art. 8.
- Crimen de agresión: art. 8 bis, según Resolución 06/11/2010 de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma.

BLOQUE II: TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

LECCIÓN 5

1. Desde el punto de vista de la teoría jurídica del delito ¿qué podríamos decir de un planteamiento de la estructura del delito que afirmara que viene determinada por la concurrencia de una acción u omisión típica, culpable, antijurídica y punible?

Que dichos elementos: conducta, tipicidad, culpabilidad, antijuridicidad y punibilidad, se encuentran relacionados de forma secuencial, de tal forma que, la concurrencia de uno de ellos exige la necesaria existencia de los anteriores.

2. En ciertos sistemas penales si un sujeto confiesa ante las autoridades su infracción se le aplica una atenuación de la pena ¿en qué elemento del delito tiene su sede dicha aplicación? ¿Cuál es el fundamento de la disminución de la pena?

En el análisis de la culpabilidad del sujeto.

Una vez se ha determinado que la conducta es típica (reflejada en la ley penal) y antijurídica (contraria al Derecho), toca determinar el grado de reprochabilidad del autor del hecho. En base a este análisis, cabe la posibilidad que la posible consecuencia jurídica para el autor, se vea rebajada e incluso no se dé finalmente, por la existencia de alguna causa de justificación (atenuantes). Del mismo modo que se entra a valorar la presencia de agravantes, circunstancias en las que se produce le hecho que agravan la conducta del sujeto.

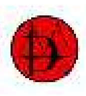
En resumen, se trata de analiza la imputabilidad del sujeto, la conciencia de la antijuridicidad, y la exigibilidad de la obediencia al Derecho.

3. Defina el concepto de tipicidad ¿es suficiente su concurrencia para hablar de la existencia de un delito?

La tipicidad es el reflejo necesario de la conducta en la ley penal vigente. Si el hecho cometido por el sujeto, no está tipificado como infracción penal en la ley vigente, no habrá delito.

Por el contrario, la mera concurrencia de la tipicidad no basta por sí sola para que se constituya un delito, ya que la misma forma parte de la secuencia estructural del delito, cuyos cinco elementos son todos necesarios para que el mismo se dé.

4. Según el principio de culpabilidad “No hay pena sin culpabilidad. La medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad”. ¿Será posible la existencia de pena sin antijuridicidad o que la medida de la pena supere la de la antijuridicidad?



En primer lugar, formando parte la antijuridicidad de la secuencia estructural del delito, sin que ésta se dé en la conducta, la misma no constituirá un delito. Ergo, si no hay delito, no hay consecuencia jurídica aplicable (pena).

En segundo lugar, no sería posible lo que se pregunta en el enunciado. Pues en todo caso sólo cabría una reducción dela pena debido a la concurrencia de una de las tasadas legalmente causas de justificación, por la que dicha medida de la pena resultase inferior a la conculcación del ordenamiento jurídico efectuada por el sujeto.

5. ¿Qué modelo de la estructura del delito se caracteriza por el **contraste objetivo-subjetivo** entre injusto y culpabilidad?

El modelo causal, en el que únicamente se consideran los elementos objetivos de la conducta, es decir, la mera comisión de la acción tipificada como delito y las consecuencias derivadas de la misma. Sin entrar a valorar elementos subjetivos, como la intencionalidad o no del autor. Lo que complica notoriamente el análisis de los niveles posteriores de la estructura del delito.

6. ¿Es posible la existencia de una conducta típica que sea a su vez lícita, conforme a Derecho?

Es posible.

Aunque dicha conducta esté tipificada como infracción penal, en el análisis de la antijuridicidad, puede determinarse que dicha conducta no es contraria el Derecho, y por lo tanto, es lícita, por concurrir en la misma alguna de las tasadas causas de justificación.

7. ¿Los caracteres de qué elemento de la estructura del delito deben de establecerse con carácter previo a la valoración estrictamente jurídica, esto es, en el plano ontológico, del ser?

La conducta.

8. ¿Qué tipo de infracciones penales comprende el concepto de delito en sentido amplio? ¿Y en sentido estricto?

En sentido estricto:

- Delitos graves.
- Delitos menos graves.

En sentido amplio:

- Delito graves.
- Delitos menos graves.
- Delitos leves.

9. Una vez determinada la concurrencia de los elementos que fundamentan una causa de justificación ¿cuál es el siguiente elemento de la estructura del delito que deberemos analizar?

Culpabilidad.



10. ¿Qué concepciones de la culpabilidad sucedieron al denominado concepto psicológico de la misma?

Las teorías normativas.

LECCIÓN 6

1. ¿Qué funciones deben cumplir los conceptos de acción y de omisión en la estructura del delito?

La conducta (acción u omisión) debe cumplir las siguientes funciones:

- Función lógica: elemento básico.
- Función sistemática: elemento de unión.
- Función práctica: elemento límite.

2. Defina el concepto causal de acción ¿Cuáles son las principales críticas al mismo?

La conducta es una manifestación de voluntad de la persona, que puede consistir en la realización o en la no realización voluntaria de un movimiento corporal, acción u omisión, respectivamente. Se compone de tres elementos:

- La voluntad.
- La relación de causalidad.
- El resultado.

Las principales críticas:

- Todo resultado se debe a la conducta, sin valorar componentes subjetivos, lo que imposibilita el análisis de los siguientes niveles de la estructura del delito: tipicidad y antijuridicidad.
- El concepto es excesivamente amplio, no cumpliendo debidamente con la función práctica.
- Fricciones en el binomio causalidad – omisión. Si la omisión es la nada física, ausencia de movimiento, no puede provocar un resultado, ergo, la omisión no puede ser causal.

3. ¿En qué modelo de acción es núcleo central la voluntad de realización?

En el modelo finalista de acción.

4. ¿Qué tipo de resultados abarca la voluntad de realización?

- Los que constituyen el fin que persigue el autor.
- Los que el autor considera necesariamente unidos a la consecución de su fin principal.
- Las consecuencias que el sujeto contempla como posibles, contando con su producción.

5. ¿Cuáles son las principales teorías normativas de la conducta?

Las deficiencias del modelo causal y del finalista, conllevaron a la elaboración de un tercer modelo, el normativista, cuas principales teorías son:

- Concepción social de acción. Añade un elemento normativo a la acción: la relevancia social de la conducta.



- Concepción significativa de acción. Destaca como definitoria de la conducta, a la atribución social de sentido.

6. ¿Qué elementos supone la capacidad de acción?

Para que se dé la capacidad concreta de acción, es necesario que concurran que:

- El sujeto conozca o pueda conocer la situación real en la que desarrollar la conducta.
- Se den las circunstancias materiales externas estando disponibles los medios necesarios para poner en práctica la acción, debiendo conocer el sujeto ese extremo.
- El sujeto debe contar con los conocimientos y capacidades precisos para realizar la acción, pudiendo tomar conciencia de ambos hechos.

7. ¿Cuáles son los supuestos en que quedan excluidas la acción y la omisión?

Son supuestos tasados:

- Sin origen en personas físicas:
  - Fenómenos de la naturaleza o provocados por animales. Sin perjuicio de que se constituyan en fuente indirecta de responsabilidad penal.
  - Actos de las personas jurídicas.
- Con origen en personas físicas:
  - El pensamiento.
  - La fuerza irresistible.
  - Otros movimientos corporales (no intencionados).

Los supuestos límite no excluyen la conducta humana.

8. ¿Cuáles son las principales teorías desarrolladas para determinar el tiempo y lugar de comisión del delito? Valórelas.

- Teoría de la actividad: donde y cuando se desarrolla la actividad.
- Teoría del resultado: donde y cuando la actividad produce su resultado.
- Teoría de la ubicuidad: Teoría mixta basadas en las dos anteriores.

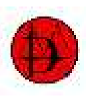
La tercera es la más completa, pues abarca un mayor número de supuestos posibles, reduciendo las posibilidades de que una conducta delictiva quede sin pena. Ya que, el delito se considerará cometido en el momento en el que se desarrollase la actividad, se eliminara la situación ilícita o se cesare en la conducta; y el lugar se considerará tanto el de comisión, como donde produjo resultados.

9. ¿En qué circunstancias puede ser hecha responsable penal una persona jurídica según el CP español?

Según la regulación efectuada en el art. 31 bis CP:

- Cuando la conducta delictiva se lleve a cabo por personas físicas representantes legales o administradores de hecho o de derecho que actúen en nombre o por cuenta de la persona jurídica.
- Cuando la conducta delictiva se lleve a cabo por personal subordinado sobre el que no se ha ejercido un debido control.

10. Defina al sujeto pasivo del delito y diferéncielo de objeto del delito y perjudicado por el mismo.



El sujeto pasivo del delito es el portador del bien jurídico dañado o puesto en peligro. No es necesario que coincida con el objeto del delito, que es la persona o cosa sobre la que recae la conducta. Así como perjudicado, además del sujeto pasivo, pueden aparecer terceros, como familiares.

LECCIÓN 7

1. Defina la causalidad. ¿Cuál es la naturaleza de los nexos causales?

La causalidad es la ley de sucesión interfenoménica presentada como un concepto ontológico, que se da en un plano previo al de su consideración por cualquier norma, sobre el que se operarán las valoraciones propias del Derecho penal.

2. ¿Qué tipos de comportamientos tienen eficacia causal y en qué ámbitos?

La conducta puede consistir en una acción o en una omisión.

- Ámbito físico natural: son las acciones las que tienen eficacia causal. Dado que las omisiones son la nada material, y la nada, nada produce.
- Ámbito sociocultural: Además de las acciones, en este marco, las omisiones también tienen eficacia causal.

3. ¿Qué supuso la crisis del dogma causal?

- Se dejó de prever como requisito la existencia de una relación de causalidad para la imposición de responsabilidad penal para ciertos supuestos.
- Se relativiza la relación de causalidad, conllevando que la existencia de esta no implica necesariamente la existencia de responsabilidad penal.

4. ¿Cuál es la ubicación sistemática correcta de la causalidad en la estructura del delito?

La conducta.

5. ¿Es posible distinguir entre causa y condición desde una perspectiva causal?

Sí.

En el marco de las teorías individualizadoras.

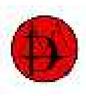
6. ¿Cuál es el contenido de la fórmula de la *conditio sine qua nom*?

Es causa todo fenómeno del que no cabe hacer abstracción mental sin que deje de producirse el resultado en sus concretas circunstancias.

7. ¿Es posible distinguir entre causa y condición desde la perspectiva de la fórmula de la *conditio sine qua nom*?

No.

Causa y condición son sinónimos.



8. ¿Qué tipo de deficiencias pretendía hacer frente las teorías individualizadoras y de la causalidad adecuada?

La falta de límites del concepto de causalidad, ya que por definición es un concepto ilimitado.

9. ¿Qué tipo de conocimientos tiene en cuenta el juicio de previsibilidad *ex ante* en las teorías subjetivas de la causalidad adecuada? ¿Y en las objetivo-subjetivas?

En la teoría subjetiva de la causalidad adecuada:

- Saber ontológico. El conocimiento del caso concreto que conocía o podía conocer el sujeto.
- Saber nomológico. El conocimiento experimental de la humanidad,

En la teoría objetivo-subjetiva de la causalidad adecuada:

- Saber ontológico. Las circunstancias el caso concreto cognoscibles por una persona inteligente y conocidas por el sujeto.
- Saber nomológico. La experiencia común de la época sobre los nexos causales.

10. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de causalidad jurídico-penalmente relevante?

Como consecuencia de la decadencia del dogma causal, la relación de causalidad perdió relevancia. Esto se tradujo de forma que una determinada conducta, ya determinada como causa de un concreto resultado, no tiene porqué ser penalmente reprochable. Valoración que se determinará en el análisis de niveles posteriores de la estructura del delito.

LECCIÓN 8

1. ¿Qué diferencias hay entre el concepto de tipo de lo injusto y el de figura delictiva?

El tipo de lo injusto es un concepto que se refiere únicamente a la parte de la figura delictiva que describe lo contrario a Derecho.

La figura delictiva es un concepto superior, que puede englobar otros elementos y circunstancias, además de los que constituyen el tipo, que describan el delito.

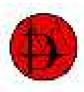
2. ¿Cómo concibe la tipicidad la teoría de los elementos negativos del tipo?

El tipo estaría conformado por:

- Elementos positivos: Fundamentan lo injusto específico de una conducta delictiva.
- Elementos negativos: Fundamentan las causas de justificación, por lo que no deben existir para que se pueda afirmar el tipo.

3. Si conocemos el tipo según la teoría de los elementos negativos del tipo, ¿cuál es la consecuencia de un error vencible sobre la concurrencia de los elementos objetivos que sirven de base a una causa de justificación? ¿Le parece una solución político-criminalmente correcta? ¿Por qué?

Los elementos objetivos son los elementos negativos, ergo, su existencia fundamenta una causa de justificación, por lo que la conducta típica dejaría de ser ilícita al eliminar la antijuridicidad de la conducta.



Entendiendo el dolo como la conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo, aplicando el esquema de la teoría de los elementos negativos del tipo resultaría que: el autor que actuara pensando erróneamente que concurren los elementos objetivos del tipo, lo hace sin dolo, cuando el error constituido fuera invencible.

Así, si el autor actuara considerando erróneamente que concurre un elemento negativo, la consecuencia sería considerar que el sujeto no habría actuado ilícitamente, lo que daría lugar a la no punibilidad de dicha conducta. No obstante, inicialmente la conducta sería típica, planteándose la necesidad de que el sujeto, por ese hecho, se cerciore de que efectivamente concurren dichos elementos negativos.

4. Mencione tres criterios que sirvan para excluir el carácter típico de una conducta que, en principio, se acomodaría formalmente a la descripción legal y las críticas que han recibido.

Criterios de la adecuación social y del riesgo permitido.

El criterio de la insignificancia.

La interpretación teleológica-restrictiva del tipo.

5. ¿Cuándo se puede afirmar que una acción es peligrosa?

Una conducta es peligrosa cuando *ex ante*, en el momento de la comisión, no aparezca como absolutamente improbable que de la misma se derive como resultado la lesión de un bien jurídico.

6. ¿Cómo definiría el peligro de la conducta?

El peligro es la situación en la que se encuentra un objeto por estar bajo el ámbito de acción de una conducta peligrosa, aunque finalmente la misma se haya podido evitar.

7. ¿Cómo se denominan los tipos en los que el legislador exige expresa pero exclusivamente la peligrosidad de la conducta?

Delito de resultado de peligro concreto.

8. ¿Qué es un delito especial? ¿Qué clases de delitos especiales existen? ¿Cuál es su fundamento?

Aquel que solo puede ser realizado por personas que reúnan ciertos requisitos descritos en el tipo. Pueden ser:

- Delitos especiales propios. No tienen una figura común paralela.
- Delitos especiales impropios. Tienen una figura común paralela, que puede realizar cualquiera, conllevando una responsabilidad penal agravada en el caso de que fuera cometido por la persona que reúna los requisitos tipificados.

9. ¿Qué es un tipo mixto alternativo?

Se trata de una agrupación de comportamientos en un solo tipo, de forma que quien realice una u otra, o bien varios de ellos, realiza una sola vez el tipo en cuestión, ya que todas esas modalidades responden al mismo motivo de incriminación.

10. ¿En qué consiste el juicio de previsibilidad objetiva?



Consiste en la determinación de la peligrosidad de una conducta realizada por una persona inteligente (autor) en el momento de comienzo de la acción, en el que se tienen en cuenta todas las circunstancias cognoscibles por una persona inteligente y conocidas por el autor (saber ontológico), así como la experiencia común a la época sobre los cursos causales (saber nomológico).

Si la realización del tipo aparece como no absolutamente improbable la acción es peligrosa.

LECCIÓN 9

1. ¿Para dar solución a qué problema surgió originariamente el criterio de peligrosidad *ex ante* de la conducta, o juicio de previsibilidad objetiva?

El juicio de la previsibilidad objetiva responde a la doctrina causalista, cuya principal insuficiencia era tener que esperar al análisis de la culpabilidad para descartar el carácter delictivo de una conducta, que simplemente había sido la causa de un resultado no producido de forma dolosa ni imprudente (delito doloso o delito imprudente).

2. ¿Qué función tiene para la doctrina de la imputación objetiva el tipo objetivo?

La teoría de la imputación objetiva construye el tipo objetivo sin tener en cuenta la relación necesaria entre el tipo y la norma de determinación, ya que:

- El tipo objetivo se empieza a construir empezando por el resultado. Lo que origina un problema de imputación del resultado sin previamente haber identificado la prohibición ni la conducta contraria a la misma.
- Aun siendo la acción típica el primer elemento del tipo, tras su constatación, todavía queda examinar la imputación del resultado.

La función que tiene para dicha doctrina pues, radica en concebir un tipo objetivo idéntico para los delitos dolosos y los imprudentes, imputable normativamente si una conducta adquiere objetivamente el significado de matar, lesionar, amenazar o participar de un delito, partiendo de la idea de creación de un riesgo.

3. ¿Cuáles serían las principales diferencias entre la doctrina finalista y la de la imputación objetiva en relación con la construcción del tipo objetivo y el significado y función del mismo?

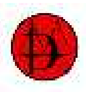
En la doctrina finalista el tipo se constituía de elementos objetivos y subjetivos, entre estos últimos el dolo. Así, el tipo no puede ser idéntico para un delito doloso que para uno imprudente, ya que este último se caracteriza por la ausencia del dolo.

4. Ponga un ejemplo de un elemento normativo del tipo.

La configuración de delitos especiales mediante la incorporación al tipo de ciertas especificaciones sobre el sujeto activo.

5. ¿Qué consecuencias tiene el hecho de que no concurra un criterio de imputación objetiva de la conducta?

La ausencia de este criterio conlleva que la conducta no sea típica, ergo, no es delito, y por tanto, no puede castigarse al sujeto, ni siquiera por tentativa.



6. ¿Qué consecuencias tiene el hecho de que no concurra un criterio de imputación objetiva del resultado?

Como previamente se ha tenido que contrastar la existencia de la acción típica, si faltara un criterio para decidir que el resultado producido causalmente por esa conducta típica es precisamente el resultado típico, conllevaría que dicho resultado no podría castigarse por no concurrir el tipo del delito consumado. No obstante, sí cabría el castigo por tentativa.

7. ¿Qué criterio de imputación objetiva ha impuesto el legislador español en la definición de la tentativa según la doctrina mayoritaria? Explíquelo.

El de la peligrosidad. Art. 16.1 CP: *"Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente debería producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor"*.

8. Explique un criterio de imputación objetiva del resultado.

El resultado típico, como aquél que justamente trataba de evitar la norma infringida. El resultado, pese a haber acontecido, dejaría de ser típico cuando el mismo se debiera a una relación causal por factores diferentes para cuya evitación no fue diseñada la norma infringida.

9. Enumere otros criterios de imputación objetiva manejados por la doctrina, distintos de los mencionados como respuesta a las preguntas 7 y 8.

- Criterio de la disminución del riesgo.
    - No debe imputarse el resultado cuando éste ha supuesto la concreción de un riesgo menor que el que amenazaba al bien jurídico antes de la realización de la conducta.
- Criterio de la no observancia del cuidado objetivamente debido, o del riesgo permitido.
    - No debe imputarse un resultado causado por una conducta que no infringe el cuidado objetivamente debido, es decir, se ha mantenido en el riesgo permitido.
- Criterio de la causa sustitutoria.
    - No debe imputarse un resultado cuando sin la intervención del sujeto, ese resultado se hubiera producido igualmente por la conducta justificada de otra persona o por un acontecer natural.

10. Proponga alguna solución alternativa a los mismos.

- Criterio de la disminución del riesgo.
    - Solución alternativa: Apreciar una causa de justificación.
- Criterio de la no observancia del cuidado objetivamente debido, o del riesgo permitido.
    - Solución alternativa: Apreciar la existencia o no del dolo, para el caso de los delitos de acción dolosos de resultados, ya que la aplicación de este criterio resultaría disfuncional. Sin embargo, es fundamental para averiguar la acción típica en los delitos imprudentes.
- Criterio de la causa sustitutoria.
    - No puede dejarse de imputar un resultado por el mero hecho de que la causación del mismo le estuviera permitida a otra persona diferente de la que actúa.

LECCIÓN 10



1. ¿Qué dos funciones diferentes pueden cumplir los elementos subjetivos de lo injusto diferentes del dolo?

La clasificación funcional de los elementos subjetivos, es decir, atendiendo a su función, es:

- Función de adelantar la barrera de protección anticipando el momento de la consumación. Así, no es necesario que se dé el tipo objetivo, motivo este por el que se denominan tipos de consumación anticipada.
- Función de restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar. Así, la ley lo que pretende castigar es la forma de lesión del bien jurídico determinada por el elemento subjetivo.

2. Defina el dolo y enumere los cuatro principales argumentos para defender que el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto y no una forma de culpabilidad.

El dolo es la conciencia y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. El dolo pertenece al injusto (sede de la antijuridicidad) por los siguientes argumentos:

- La existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto que, por un lado, rompen la pretendida correlación objetivo-antijuridicidad y subjetivo-culpabilidad; y por el otro, en la mayoría de los casos, exigen para su propia constatación previamente la del dolo.
- El castigo de la tentativa, cuyo injusto no es comprensible sin tener en cuenta el elemento subjetivo: la voluntad del sujeto (dolo).
- La presencia en numerosos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas.
- La concepción de las normas como normas de determinación. Ya que, una de las funciones de la norma penal es la función de determinación (norma subjetiva de determinación), es decir, ésta determina un mandato, prohibición o autorización dirigida a los ciudadanos.

3. ¿Qué tipo de conocimiento requieren los elementos normativos del tipo?

Basta que el sujeto conozca los elementos normativos del tipo, desde una posición de una persona lega en Derecho.

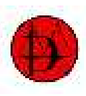
4. ¿A qué llamamos dolo malo? ¿Y dolo natural?

- Dolo malo. Se trata del dolo concebido desde la doctrina causalista, entendiéndolo como forma de culpabilidad que comprende la conciencia de realizar los elementos del tipo y el saber que aquello estaba prohibido.
- Dolo natural. Se trata del dolo concebido desde la doctrina finalista, entendiendo que para que éste exista basta con el sujeto tenga conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo, sin que sea necesario que tenga conciencia sobre la antijuridicidad de su conducta.

5. ¿Cuál es la consecuencia del error sobre un elemento objetivo del tipo?

La ausencia de un elemento del dolo (elemento intelectual o elemento volitivo) conlleva la inexistencia del mismo. El error sobre un elemento objetivo del tipo, error de tipo, trae como consecuencias:

- Que el dolo no concurra, por lo que el tipo doloso no se habrá realizado. En consecuencia, el sujeto solo podrá responder por imprudencia, siempre que exista el correspondiente tipo imprudente y se den los elementos del mismo.



- Que el sujeto solo pueda responder del tipo básico, cuando el error se produzca con respecto a un elemento que agrave o atenúe la infracción, pues el tipo cualificado o privilegiado no podrá entenderse realizado.

6. ¿Cómo se solucionaría, teniendo en cuenta la postura defendida en este Curso, el supuesto de un sujeto que intenta matar al Rey pero lo confunde con otra persona y dispara y mata a un guardaespaldas pensando que se trata del Rey?

El sujeto en el momento de ejecutar su conducta cree que ante sí, como víctima, se encuentra el Rey, pero a posteriori, se verifica que la víctima no era el Rey sino su guardaespaldas. Por ello, nos encontraríamos ante un error en la persona.

En este caso, la confusión no es irrelevante, pues la víctima real y la figura del Rey se encuentran en situaciones jurídicas distintas, gozando este último de una mayor protección legal. Así, lo que pretendía el sujeto era un tipo cualificado de homicidio: el magnicidio; pero lo que realmente realizó fue el tipo básico del homicidio: matar a otra persona.

La solución que habría que aplicarse en este caso sería apreciar la tentativa del tipo calificado en concurso con el delito doloso básico consumado. Así, el sujeto habría realizado el tipo de magnicidio en grado de tentativa, y habría consumado el tipo básico del homicidio.

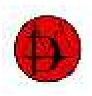
7. Explique la diferencia entre el dolo eventual y la ausencia de voluntad de actuar. ¿Existe esta última en los supuestos de resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos y de decisión con reserva de desistimiento? Ponga ejemplos.

- Dolo eventual: cuando la realización del tipo o la producción del resultado no es el fin que persigue el sujeto al actuar, ni tampoco una consecuencia que el sujeto prevé como necesariamente unida a la consecución de su fin, pero sí una consecuencia no absolutamente improbable de su actuar, con cuya probabilidad de producción cuenta.
- Voluntad de actuar: como intención de realizar todos los actos que según su plan le llevarán a realizar el tipo. La ausencia de ésta conlleva la inexistencia del dolo, pero la ausencia del dolo eventual no conlleva la desaparición de la voluntad de actuar, ya que dicha actuación, en vez de constituir un tipo doloso, simplemente podría constituir uno imprudente.

La voluntad de actuar sigue existiendo, incluso en los supuestos de resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos y de decisión con reserva de desistimiento:

- En los primeros, existe una voluntad de actuar dependiente de hechos cuya concurrencia no está en la mano del sujeto. *Por ejemplo; el ladrón que, armado, roba una sucursal bancaria por la noche esperando que no haya ningún guarda de seguridad. Pero cuenta con la presencia hipotética del mismo, por lo que va armado, ergo existe una voluntad de actuar.*
- En los segundos, existe una voluntad de actuar inicial, que por el acontecimiento de determinadas circunstancias, el sujeto desiste por considerar que no es necesario. *Por ejemplo, y tomando como referencia el anterior; el ladrón se encuentra con el guardia, por lo que lo encañona con su arma. Pero como ya le dio tiempo a coger cuanto quería y valorando que se encuentra cerca de la salida, no cree necesario emplear el arma; por lo que desiste de ello.*

8. Defina brevemente el dolo directo de primer grado, de segundo grado y el dolo eventual.



- Dolo directo de primer grado: Aquel que se da cuando la realización del tipo (y la producción del resultado en los delitos de resultado) es el fin que persigue el sujeto al actuar.
- Dolo directo de segundo grado: Aquel que se da cuando la realización del tipo o la producción del resultado no es el fin que persigue el sujeto al actuar, pero es una consecuencia que el sujeto prevé como necesariamente unida a la consecución de su fin.
- Dolo eventual: Aquel que se da cuando la realización del tipo o la producción del resultado no es el fin que persigue el sujeto al actuar, ni tampoco una consecuencia que el sujeto prevé como necesariamente unida a su fin, pero sí una consecuencia no absolutamente improbable de su actuar, con cuya probabilidad cuenta.

9. Explique cuatro teorías diferentes para distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente.

- Teoría del consentimiento.
  - Concurre dolo eventual cuando el sujeto actúa con la probabilidad de producción del resultado como una consecuencia de su actuar.
  - Concurre imprudencia cuando el sujeto confía en que el resultado previsto como no absolutamente improbable no se producirá. Dicho "confiar" debe consistir en que el sujeto debe atribuirse la capacidad de evitar el resultado típico, no bastando, por el contrario, el mero deseo de que no se produzca el resultado.
- Teoría del sentimiento.
  - Fórmula general:
    - Concurre dolo eventual, si al realizar la conducta, al sujeto le era indiferente la realización del tipo o la causación del resultado típico.
    - Concurre imprudencia, si el sujeto confiaba en que el resultado no se produciría.
  - Fórmula de Stratenwerth:
    - Concurre dolo eventual, cuando el sujeto se toma en serio la posibilidad de realizar los elementos objetivos del tipo y de todas formas actúa, o se resigna con esa posibilidad.
    - Concurre imprudencia, cuando por temeridad, etc. el sujeto confía en la no realización de los mismos.
- Teoría de la probabilidad. Parten de un concepto de dolo limitado a su elemento intelectual, rechazando la existencia de un elemento volitivo. Intenta distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente según el grado de probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo que el sujeto llegue a representarse, o en otras versiones, según el tipo o clase de peligro que se presente.
  - Concurre dolo eventual, si el sujeto consideraba probable la realización del tipo objetivo.
  - Concurre imprudencia consciente, si el sujeto consideraba solo posible la realización del mismo.

10. Argumente la pertenencia del desvalor del resultado a lo injusto.

Actualmente, se considera por la mayoría que el desvalor del resultado pertenece, también, a lo injusto.

La polémica sobre dicha pertenencia hay que afrontarla, para entenderla, desde los puntos de vista de la doctrina causal y de la finalista:

- Para los causalistas, sólo el desvalor de la acción formaba parte de lo injusto, por su contenido objetivo. Así, al excluir todo elemento subjetivo de lo injusto, el desvalor del resultado entre ellos, para incluirlos en sede de la culpabilidad.



- Consecuencias: Aplicando dicho planteamiento nos encontraríamos con que el tipo objetivo de lo injusto sería el mismo para un delito de resultado consumado y para un delito de resultado en grado de tentativa, y por lo tanto, conllevarían la misma pena.

- Para los finalistas, así como las doctrinas actuales, el desvalor de resultado incide en la formación del injusto. Esto es así debido a que entienden por desvalor de resultado como lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma. De esta manera, la conducta típica, que supone lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión, demuestra la presencia de un desvalor del resultado en todo injusto penal, como el desvalor de la acción.
  - Consecuencias: Nos permite distinguir y actuar conforme a la gravedad del resultado. Es decir, si por ejemplo, un sujeto lleva a cabo una conducta con el fin de matar a otro, y lo consigue, constituiría el tipo de homicidio. Pero si, por circunstancias ajenas a él, solo consigue herirle en una pierna sin causarle muerte, constituiría el tipo de lesiones, lo que conllevaría una pena menor.

LECCIÓN 11

1. ¿Qué técnica legislativa utiliza el Código Penal de 1995, a diferencia del anterior, para el castigo de los delitos imprudentes?

El principio de excepcionalidad en el castigo de los delitos imprudentes, recogido en el art. 12 CP: *"Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Lay"*. El mismo, cumple mejor con los principios de legalidad, y con el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho Penal.

2. Teniendo en cuenta la postura defendida en este Curso, ¿el cuidado debido se establece mediante una medida objetiva o subjetiva?

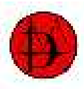
Establecer el cuidado debido mediante medidas subjetivas implicaría definirlo atendiendo a las aptitudes y capacidades de cada sujeto en cada caso concreto. Aquél que tuviese unas capacidades superiores a lo normal, estaría obligado a emplearlas, no pudiendo actuar como lo haría el resto. Esto, entre otras consecuencias, conllevaría la inseguridad jurídica y la desprotección de los bienes jurídicos.

Por ese motivo, pese a los intentos de los defensores de esta postura, es imposible sostener una medida subjetiva del cuidado debido. Optando, en nuestro sistema, por la medida objetiva, y así, la inobservancia del mismo conllevaría realizar una acción típica.

3. Explique en qué consiste el riesgo permitido.

En determinadas circunstancias, en las que una actividad, pese a conllevar un riesgo inherente a la misma para ciertos bienes jurídicos protegidos, por razones de utilidad para la sociedad, se permite llevarla a cabo, si bien, exigiéndose una serie de medidas cautelares. Así, ese riesgo remanente, limitado por esas cautelas, constituirá el riesgo permitido.

Por ejemplo, si en una zona residencial, con una velocidad para vehículos limitada a 30 Km/h, un sujeto circula a 25 Km/h, y atropella por accidente a un niño que salta de repente a la calzada en busca de su balón, el sujeto no estaría realizando conducta típica alguna. Ya que el fin de la norma no es limitar dicha actividad de tal forma que una invasión sorpresiva de la calzada pudiera ser evitada, ya que en dicho caso, la utilidad de la actividad permitida sería prácticamente nula.



4. ¿Qué conocimientos deben integrarse en el juicio de previsibilidad objetiva que define la situación sobre la que se decidirá la norma de cuidado?

- Saber ontológico. Aquél conocimiento que dispone el sujeto, así como el que estuviera a su alcance, por sus circunstancias concretas,
- Saber nomológico. El saber común de la época.

5. ¿A qué nos referimos con el criterio del hombre prudente?

En la mayoría de los supuestos, el riesgo permitido, así como la prohibición de actuar descuidadamente, vienen regulados en normas extrapenales, como por ejemplo, el reglamento de tráfico de vehículos. En otras ocasiones, dicho riesgo no está regulado en norma alguna, debiendo ser hallado por el juez, hecho este que crea inseguridad jurídica, aplicando el criterio del hombre prudente.

Dicho criterio simplemente consiste en considerar imprudente toda acción de la que se abstendría una persona inteligente y sensata.

6. ¿Cualquier conducta que no responde al cuidado objetivamente debido y contribuye causalmente a la producción del resultado (concurriendo los demás elementos del tipo) debe considerarse una acción típica de autoría del delito imprudente?

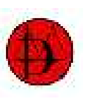
Entiendo que no se podría mantener tal aserto, debido a que si esto fuera así, aquellas conductas que, como resultado de la ponderación de intereses, resultasen de interés y utilidad para la sociedad, y por ello hubiesen sido excluidas del alcance de la norma siempre que el sujeto la realizase con una serie de medidas cautelares que limitase el riesgo inherente a dicha actividad; constituirían la acción típica del delito imprudente, incluso en los casos en los que el curso causal no fuera imputable al sujeto.

De esta forma, defendiendo mi respuesta, entiendo que, si un sujeto se encuentra en un andamio trabajando, en el que se han adoptado todas las medidas de seguridad que limitan dicho riesgo, y un tercero pasa por debajo justo cuando al primero se le cae una herramienta al resbalarse, causándole lesiones; no debería entenderse que el primer sujeto hubiese realizado el tipo del delito imprudente de lesiones. Sino, que en su caso, podría incurrir en responsabilidad civil.

7. Enumere tres criterios de imputación objetiva del resultado de especial relevancia en el ámbito de los delitos imprudentes y explique qué fallos pueden presentar algunos de ellos.

- Criterio del fin de protección de la norma.
  - Es el único criterio necesario para la imputación objetiva del resultado.
  - El resultado debe ser precisamente uno de aquellos que trataba de evitar la norma infringida.
- El comportamiento alternativo conforme al Derecho.
  - No es un criterio por sí solo, sino un complemento para averiguar el fin de la norma infringida.
  - Principal fallo: Su aplicación exclusiva genera graves problemas en los ámbitos en los que se reconoce un margen de riesgo permitido y en los supuestos de riesgo en reserva.
- El criterio del incremento del riesgo.
  - Principal fallo: Se fundamenta en el incremento porcentual del riesgo concreto, lo que carece de base al no guardar relación alguna con el fin de las normas subyacentes a los tipos imprudentes del resultado.

8. ¿Cómo clasifica nuestro Código Penal la imprudencia en relación con la magnitud de lo injusto?



Tras la última reforma del CP, llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la clasificación de la imprudencia en relación con la magnitud de lo injusto pasa a ser:

- Imprudencia grave.
- Imprudencia menos grave.

Deja de existir la anterior categoría de imprudencia leve, por lo que:

- Una parte de la misma ha pasado a formar parte de la imprudencia menos grave.
- Otra parte ha sido despenalizada.

9. ¿Qué consecuencias penales tiene la imprudencia profesional?

Art. 142.1 CP: *"Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de* ***inhabilitación especial*** *para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años"*.

10. Argumente la pertenencia del desvalor del resultado a lo injusto del delito imprudente.

La inclusión del desvalor del resultado en lo injusto del delito imprudente es lo que argumenta que, una misma conducta que ha infringido una norma destinada a proteger un bien jurídico, por ejemplo la vida y la integridad física, y que ha afectado a ambos bienes, se castigue con penas diferentes según el resultado producido.

Así, si por ejemplo, un sujeto realiza un adelantamiento imprudente colisionando contra otro vehículo del carril contrario, puede ocurrir que:

- El ocupante del otro turismo fallezca a consecuencia del impacto: lo que constituiría, en principio, el tipo de homicidio imprudente.
- El ocupante del otro turismo resulta herido pero no fallece: lo que constituiría, en principio, el tipo imprudente de lesiones.

En el caso de que el desvalor del resultado no formare parte de lo injusto, ambas acciones constituirían el tipo del homicidio imprudente, y no podría graduarse la pena también en función del resultado. Postura de la que huye nuestro CP.

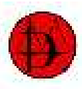
LECCIÓN 12

1. ¿Cuáles son los principales obstáculos que ha tenido el desarrollo de la dogmática de los delitos de omisión?

- El mayor peso de las relaciones delictivas activas.
- El imperio del dogma causal.
- La visión naturalista del comportamiento humano, que considera insalvable la distancia existente entre la dogmática de los delitos de acción y la de los de omisión.

2. ¿Es necesaria una expectativa de actuación para que exista una omisión? Razone su respuesta y relaciónela con los tipos de lo injusto omisivos.

La concurrencia de la expectativa es preceptiva para que se dé la omisión. Ya que sin aquella, no habría un porqué comprobar la omisión de la conducta concreta a la que se estaba obligado.



Considero que la relación de la expectativa con los tipos de lo injusto de las diferentes categorías de los delitos omisivos encuentra su fundamento en que la ley penal contempla una situación típica de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido ante la cual, el sujeto está obligado a desarrollar una conducta determinada y dirigida a la evitación del resultado. Entonces, la existencia de dicho mandato origina la expectativa por la que se comprueba, *ex post*, si el sujeto ha omitido o no la conducta citada.

3. ¿Cuáles son las categorías de delitos de omisión? ¿Y las dos que comúnmente se señalan como único grupos?

Tradicionalmente se ha venido siguiendo la clasificación general de delitos propios e impropios de omisión.

No obstante, en este curso se sigue la siguiente clasificación:

- Delitos propios de omisión o de omisión pura.
- Delitos de omisión y resultado.
    - Delitos de omisión no causal y resultado.
        - Regulados expresamente en las leyes penales.
        - Delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.
    - Delitos de omisión causal y resultado.

4. ¿Qué categorías de delitos de omisión se penan a través de tipos de descripción causal?

Los delitos de omisión causal y resultado, y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

5. ¿Qué especial relevancia se le concede a la categoría de los delitos propios de omisión de garante?

Se consideran delitos especiales, ya que exigen que en el autor (omitente) concurran determinadas características, que generalmente fundamentan una pena agravada.

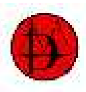
6. ¿Qué elementos configuran el dolo en los distintos tipos de delitos de omisión?

- Elemento intelectual. Como conocimiento de la situación típica y la conciencia de la concurrencia de los medios, instrumentos y capacidades, así como dela forma de emplearlos, para llevar a cabo la acción debida.
- Elemento volitivo. Conciencia y determinación de omitir la acción a la que el sujeto está obligado.

7. ¿Cuáles son los elementos del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes de omisión no causal y resultado recogidos expresamente en las leyes penales? ¿Y la de los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión?

- La situación típica.
- La posibilidad de evitar el resultado.
- La no realización de una acción adecuada para cumplir el mandato.
- La posición de garante.
- La producción del resultado.
- La inobservancia del cuidado objetivamente debido.
- El resultado ha de ser consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

8. Describa las principales teorías sobre la posición de garante. ¿Cuál de ellas acoge de modo expreso el Código penal vigente?



El omitente ha de ocupar una posición de garante en los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión. Sobre esta posición de garante de san dos teorías principales:

- Teoría formal de las fuentes de la posición de garante. Crea un sistema tripartito de fuentes: la ley, el contrato, y la injerencia.
  - Es la acogida por nuestro CP vigente.
  - Principales problemas:
    - Puede llegar a sostenerse la existencia de una posición de garantía en casos en los que el sujeto no ha asumido de hecho dicha función.
    - Cuando el omitente haya asumido fácticamente dicha posición, pero no cuenta con el respaldo de la ley, el contrato o la injerencia; impide el especial deber jurídico del autor en el sentido del art. 11 CP.
  - Dichos problemas se resuelven optando por una concepción mixta-formal de las fuentes de la posición de garante. Pese a concurrir la fuente formal, no se dará la posición de garante si el sujeto no ha asumido de hecho y, en el caso concreto, la función de protección del bien jurídico o de control de la fuente de peligro que lo amenaza.
- Teoría de las funciones (KAUFMANN). La base de la posición de garante se encuentra en la asunción fáctica en el caso concreto de una función de protección del bien jurídico o de control de una fuente del peligro.

9. ¿En relación a qué tipo de delitos se habla de principio de equivalencia? ¿Cuál es su contenido?

En relación con los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, el principio de equivalencia ocasiona debates doctrinales aún lejos de llegar a consenso. En este curso de opta por la corriente que exige que se dé una equivalencia del contenido de lo injusto de la conducta omisiva con lo injusto de la causación activa del resultado. El desvalor de la omisión debe ser equiparable al desvalor de la correspondiente acción.

10. ¿Qué tipo de delitos de resultado pueden ser realizados directamente por omisión? Describa un ejemplo.

Los delitos de omisión y resultado, con todas sus subcategorías:

- Delitos de omisión causal y resultado.
- Delitos de omisión no causal y resultado.
  - Regulados expresamente en las leyes penales.
  - Delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

Mario, el conserje de una empresa de tecnología, tiene entre sus funciones la de comprobar, al finalizar la jornada laboral, que todas las puertas de dependencias se encuentran debidamente cerradas. Tras la discusión con su superior por motivos personales, decide dejar de realizar correctamente dicha función con la esperanza de que alguna noche al desconocido, que otras veces se le ha visto en las grabaciones de seguridad, se le ocurra de nuevo comprobar si están cerradas o no dichas dependencias y, vista la situación, decida robar todo cuanto pueda, ocasionándole una grandísima pérdida patrimonial al empresario. En este caso, podríamos considerar que se dan los elementos del tipo de lo injusto del delito contra el patrimonio doloso en comisión por omisión.

LECCIÓN 13

1. ¿Qué fase del *iter criminis* es impune? ¿En qué fase se castigan determinados actos excepcionalmente? ¿Y en qué fase se castigan ya todos los actos pertenecientes a la misma?

La fase interna es siempre impune, pues no puede castigarse los pensamientos.

En la fase externa y, en concreto, los actos preparatorios, son excepcionalmente punibles.

En la fase externa y, concretamente, los actos ejecutivos, son siempre punibles.

2. Defina la conspiración: ¿En qué se diferencia de la asociación ilícita?

La conspiración es un acto preparatorio que, por el principio de excepcionalidad, es punible cuando en los delitos en así se establezca. Consiste en que dos o más personas concurren para realizar un delito y resuelven ejecutarlo.

Se diferencia de la asociación ilícita en que, ésta proporciona un contexto de estabilidad, duración, estructura y organización para la ejecución del delito.

3. Defina la proposición: ¿En qué se diferencia de la inducción?

El sujeto realiza la proposición cuando, habiendo decidido cometer un delito, invita a otra persona a participar en él. Es decir, es el proponente el que asume la posición de autor del delito.

La inducción se diferencia de la proposición en que, aquélla es una forma de provocación dirigida a una persona concreta y referida a la comisión de un delito concreto, pero el inductor no realiza el tipo objetivo del delito, sino que induce a su realización: el inductor asume la posición de partícipe en el delito.

4. ¿Se castiga en nuestro Código penal la apología en sentido estricto?

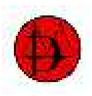
Sí, aunque excepcionalmente, ya que con la regulación vigente del CP, el delito de apología se ha desnaturalizado hasta un punto que lo hace generalmente impune. Nuestro CP regula los siguientes delitos de apología en sentido estricto:

- Apología del genocidio, de los crímenes contra la humanidad y, de los crímenes de guerra.
- Apología del terrorismo.

5. Explique tres criterios para distinguir los actos preparatorios de los actos ejecutivos.

- Teoría de la univocidad (CARRARA). Los actos preparatorios son equívocos, mientras que los ejecutivos son unívocos, pues están dirigidos a la comisión de un delito.
- Teoría objetivo-formal (BELING). El acto es ejecutivo si está comprendido en la acción descrita en el tipo, atendiendo al sentido que el verbo típico recibe en el lenguaje ordinario. En los tipos en los que se describe una acción mediante el uso de un verbo, que constituye su núcleo central, pero también se describen determinados modos o formas de realizarla, en lo que constituye una zona periférica; serán actos ejecutivos tanto los comprendidos en la zona nuclear como los subsumibles en la zona periférica.
- Teoría de la unidad natural (FRANK). Complementa la teoría anterior con un criterio material. Se consideran también ejecutivos los actos que están tan íntimamente unidos a la acción típica, que forman parte de ella según una concepción natural.

6. Según la posición seguida en este Curso: ¿Es posible la tentativa en los delitos de mera actividad?



Sí, ya que se sigue la concepción formal de la consumación del delito, refiriéndose a la realización del tipo. Así, en los delitos de mera actividad puede apreciarse la tentativa:

- Porque esa actividad esté a su vez formada por varios actos separables y, la realización de uno de ellos, ya sería una ejecución parcial del delito.
- A través de un error de tipo inverso: el sujeto intenta realizar el tipo objetivo creyendo que concurren todos los elementos del mismo, pero en realidad falta alguno de ellos.

7. Defina la tentativa irreal, ponga un ejemplo y explique por qué no es punible.

La tentativa irreal es aquella apreciable en aquellos casos en los que el sujeto intenta causar un resultado delictivo a través de un plan totalmente desconectado de la realidad, basándose en creencias o supersticiones. Al tratarse de un curso causal irreal, constituye una conducta atípica, y por lo tanto, impune.

Pedro, que mantiene una relación enemistada con Raúl, quiere que éste sufra un atropello. Para ello, realiza el siguiente curso causal: fabrica un muñeco de vudú y lo atropella todos los días con su coche. Aunque exista dolo, el curso causal no puede confluir en el resultado deseado por Pedro, y por lo tanto su conducta no es punible, aunque el resultado de atropello aconteciera por cualquier otra causa ajena a Pedro.

8. Explique los diferentes criterios para definir la tentativa inidónea.

Teorías que examinan la idoneidad *ex post*: Examinan el intento cuando todo ha pasado y tenemos todos los datos que nos indican por qué ese intento falló. *Ex post,* toda tentativa es inidónea, por lo que hay que distinguir:

- Tentativa absolutamente inidónea. Si el factor que ha impedido el intento, también lo haría en cualquier otro caso similar.
- Tentativa relativamente inidónea. Si el factor que ha impedido el intento en el caso concreto, podría haber llevado al resultado en otras circunstancias.

Teorías que examinan la idoneidad *ex ante*: Es la predominante en la actualidad. Debe realizarse un juicio de previsibilidad objetiva en el momento de darse el comienzo de la acción. Se distingue:

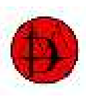
- Tentativa idónea. Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable.
- Tentativa inidónea. Si la producción del resultado aparece como absolutamente improbable.

9. Según la opinión mayoritaria, ¿la tentativa inidónea es punible en nuestro Código penal? Explique en qué precepto y teoría se basa esa opinión.

Según el examen de la tentativa realizado *ex ante*, la tentativa inidónea no puede ser punible. Ya que, si fuera así, entiendo que para el caso de la tentativa irreal en el que el curso causal seguido por el sujeto conlleva que el resultado sea absolutamente improbable, y a pesar de que dicha conducta será atípica, resultaría punible.

10. Defina y explique si es punible el delito putativo. Ponga un ejemplo.

El delito putativo es aquel supuesto en el que el sujeto realiza una conducta pensando, equivocadamente, que la misma constituye delito. Siempre será impune por faltar la tipicidad.



LECCIÓN 14

1. ¿Qué sistemas existen para regular la intervención de varios sujetos en un delito? ¿Cuál es el adoptado por el vigente Código penal español?

- Sistema unitario de autoría. Trata por igual a todas las personas que intervienen en el delito, considerándolas autor del mismo.
- Sistema diferenciador de autoría. El ordenamiento trata diferente a las personas que intervienen en el delito, estableciendo diferentes clases de autores: autor, partícipe, coautor, cooperador necesario, etc. Es el sistema adoptado por nuestro CP.

2. ¿Qué clases de autoría establece nuestro vigente Código penal? Ponga un ejemplo de cada una.

La autoría puede ser:

- Inmediata individual. El sujeto es el autor directo de los elementos típicos del delito. Ejemplo: Mario quiere causarle lesiones a Pepe. Para ello, le espera en su coche hasta que cruza la calle de su casa, momento en el que acelera y le atropella, sin causarle la muerte.
- Mediata. El sujeto utiliza a otra persona como instrumento para que realice los actos ejecutivos y así consuma el delito. El instrumento tiene el dominio de la realización del delito, pero el dominio del hecho pertenece al sujeto, autor. Ejemplo: Mario quiere causarle lesiones a Pepe, pero no quiere ser él quien realice los actos ejecutivos. Para ello, ofrece dinero a un tercero para que le busque y le proporcione una paliza.

3. ¿Qué formas de participación regula el vigente Código penal? Ponga un ejemplo de cada una.

Esta pregunta se responde con contenido de la lección 15.

4. ¿En qué consiste la coautoría?

Se da coautoría en aquellos supuestos en los que dos o más sujetos intervienen en un mismo delito, pero ambos en la posición de autor. Es un concepto específico de la codelincuencia.

5. ¿Puede existir un instrumento que tenga el dominio del hecho? ¿Podríamos hablar de autoría mediata en estos casos?

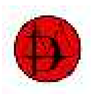
En los casos de autoría mediata, el instrumento tiene que tener cierto dominio del hecho, en el sentido de que es éste, quien en última instancia, decide si realiza los actos típicos del delito o no. Si no existiera este dominio de la realización del tipo, sino que el instrumento fuera considerado como mera herramienta del autor, no estaríamos ante un caso de autoría mediata, sino inmediata.

Es decir, no podría considerarse autoría mediata, quien pretendiendo agredir a un agente de policía, empuje a un peatón cercano a él para que, mediante el choque, el agente resulte lesionado.

6. ¿Qué requisitos se exigen para el domino funcional del hecho?

Para que pueda darse se necesita que los actos que realiza el sujeto sean esenciales, según el plan delictivo, para la comisión del delito, de forma que, sin su realización, no se hubiera llevado a cabo el mismo.

7. ¿Es posible la coautoría en los delitos imprudentes? ¿Por qué?



Existen dos concepciones al respecto:

- Los que entienden que no, entre ellos este curso, ya que no puede darse un acuerdo de voluntades para la comisión de un delito imprudente, debido a que tal circunstancia implicaría admitir la existencia de dolo, que, como sabemos, no se da en los delitos imprudentes.
- La mayoría entiende que sí, que aunque no exista un acuerdo de voluntades dirigido a la producción del resultado, podría darse uno para realizar una acción imprudente que no responda al cuidado objetivamente debido.

8. Si el administrador de una persona realiza un delito que necesita de cualidades que él no tiene, pero sí su administrado, ¿puede ser castigado por la comisión del delito? En su caso, ¿a través de qué figura?

En virtud del art. 31 CP, la conducta del administrador sí sería punible, a través de la figura del "actuar en lugar de otro".

9. Describa la estructura de la autoría mediata y ponga ejemplos de dos grupos de casos que se resuelvan acudiendo a la misma.

La estructura de la autoría mediata puede describirse con los términos, autor u hombre de detrás, quien posee el dominio del hecho; y el instrumento u hombre de delante, quien tiene el dominio del resultado, es decir, realiza los actos ejecutivos a instancia del hombre de atrás.

Como supuestos de autoría mediata tenemos:

- El instrumento no realiza si quiera el tipo objetivo del delito. Por ejemplo, cuando la conducta típica debe ser realiza sobre otro, y no sobre uno mismo. Ejemplo: aquel que convence a otro para que se quite la vida.
- El instrumento no actúa antijurídicamente, pues se encuentra amparado por una causa de justificación. Por ejemplo, aquel para robar utiliza a un menor o incapacitado psíquico.

10. ¿Es necesario realizar actos ejecutivos para ser coautor? ¿Por qué?

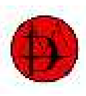
En principio sí. Ya que si siendo dos participantes en el delito, solo uno realizara actos ejecutivos, sería éste quien tendría el dominio del hecho en última instancia, ergo, sería quien decidiera si realizar o no el tipo del delito.

No obstante, si en el otro sujeto, que realiza sólo actos preparatorios, se diera el denominado dominio funcional del hecho, que sin ser actos ejecutivos, su conducta sería esencial para la producción del resultado: a éste sujeto se le consideraría autor.

LECCIÓN 15

1. ¿Qué significa que la participación tiene naturaleza accesoria?

La accesoriedad de la participación significa que la responsabilidad del partícipe dependerá de la conducta del autor. Esta accesoriedad tiene dos facetas:



- Accesoriedad cuantitativa. Exige que el autor haya, al menos, comenzado la ejecución del delito para poder castigar la conducta del partícipe.
- Accesoriedad cualitativa. Se refiere a las características del delito que debe presentar la conducta del autor para considerar punibles las conductas de participación. Existen cuatro teorías al respecto:
  - Accesoriedad mínima. La punición del partícipe sólo requiere que la conducta del autor sea típica. Es la que en este curso se considera preferible.
  - Accesoriedad limitada. La punición del partícipe requiere que la conducta del autor sea típica y antijurídica. Es la dominante en nuestro país.
  - Accesoriedad máxima. La punición del partícipe requiere que la conducta del autor sea típica, antijurídica y culpable.
  - Accesoriedad extrema. La punición del partícipe requiere que la conducta del autor sea típica, antijurídica, culpable y punible.

2. ¿Puede castigarse al inductor si el inducido no da comienzo a la ejecución del delito? ¿Cómo se denomina esta forma de inducción?

En nuestro CP vigente no está prevista la figura de la tentativa de inducción, ergo, no puede castigarse al inductor cuando el inducido ni siquiera haya practicado acto ejecutivo alguno.

3. ¿Cuáles son las formas propias de participación en nuestro Código penal? ¿Y las impropias?

- Participación propia. La contribución al delito se realiza antes o durante la ejecución del mismo. Comprende: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad.
- Participación impropia. La contribución al delito se realiza después de la ejecución del mismo. En el CP ya no se contempla como una forma de participación, sino como un tipo delictivo independiente: el encubrimiento.

4. ¿Se puede participar de forma imprudente en un delito imprudente? ¿Y en un delito doloso?

La respuesta es negativa a ambas:

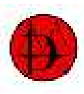
- Para la participación imprudente en un delito imprudente, no existe posibilidad porque, la participación requiere un acuerdo de voluntades, por un lado; y el delito imprudente se caracteriza por la ausencia de dolo, por el otro. Así, resulta que sin ausencia de dolo, no puede existir un acuerdo de voluntades para conseguir el resultado a través del tipo imprudente.
- Para la participación imprudente en un delito doloso. Además del argumento anterior de la falta de dolo en el delito imprudente, hay que tener en cuenta que no todo aquel que no realiza una conducta con el cuidado objetivamente debido es autor. Así, sería imposible llegar a un acuerdo con el autor del delito doloso, debido a la ausencia del dolo, por el que se acuerde llegar a un resultado, ya que el autor imprudente no quiere que se produzca.

5. ¿Qué sistema de responsabilidad sigue el Código penal vigente en los delitos cometidos a través de medios de difusión mecánicos?

El sistema de responsabilidad en cascada descrito en el art. 30 CP.

6. ¿Qué es la inducción en cadena? ¿Es punible en el vigente Código penal?

Se trata de un supuesto de inducción en el que, el inductor primario (autor mediato) convence a una persona (inductor intermediario) para que convenza, a su vez, a un tercero (inducido) de realizar un delito.



En nuestro CP el inductor del inductor es impune. No obstante, el TS en su STS 121/2007 de 22 de febrero, castigó al inductor primario y al intermediario por un delito consistente en que el primero encargaba al segundo que contratara a un tercero para matar a alguien.

7. ¿Qué distingue a los cooperadores necesarios de los cómplices?

En resumidas cuentas, sin entrar a valorar cada una de las teorías doctrinales para distinguir entre ambos conceptos, consisten:

- La cooperación necesaria, en la contribución al delito mediante un acto, sin el cual, el delito no se habría efectuado.
- La complicidad, sin embargo, no exige que el acto sea imprescindible para efectuarse el delito.

8. ¿Qué requisitos exige el TS para castigar la participación por omisión?

En un principio el TS no admitía la punibilidad de la participación por omisión. Actualmente, la admite con los siguientes requisitos:

- Elemento objetivo. Constituido por la omisión:
  - En la cooperación necesaria debe ser causal del resultado típico.
  - En la complicidad, basta con que sea eficaz,
- Elemento subjetivo. Voluntad dolosa, como existencia de acuerdo de voluntades.
- Elemento normativo. Que sobre el partícipe recaiga el deber de actuar propio de la posición de garante.

9. ¿Cuándo puede responder el director de una publicación periódica por los textos publicados en la misma?

Siguiendo el sistema de responsabilidad en cascada descrito en el art. 30 CP; cuando a las personas recogidas en el párrafo segundo de dicho artículo, que figuran con anterioridad al director, no se les haya podido imputar la responsabilidad.

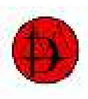
10. ¿Cuándo es punible la participación psíquica? Ponga, en su caso, un ejemplo de participación psíquica punible.

Cuando dicha participación psíquica sea causal del resultado.

Ejemplo: Manuel, harto de su jefe, se encuentra en la cantina con su compañero, que también siente animadversión hacia el superior, tomando un café y despotricando del jefe. Viendo que su compañero comparte sentimientos, decide convencerle de que hay que matarlo. Y así, a la salida del trabajo, en cuanto el compañero tiene ocasión, atropella al superior causándole la muerte.

En cambio, no sería punible, si dicha participación psíquica no fuera causal del resultado. Siguiendo el ejemplo anterior, Manuel se encuentra con su compañero en la cafetería hablando mal del jefe y de lo mucho que le explota, y entre las muchas barbaridades que se dicen en una conversación de bar, Manuel dice, “es que es pa matarlo”. Frase que su compañero, por cuenta y riesgo, toma al pie de la letra, y a partir de la cual decide matar a su jefe. En este caso no sería una participación psíquica por omisión, sino un delito de acción doloso por parte del compañero de Manuel, resultando Manuel impune.

Lección 14, 3. ¿Qué formas de participación regula el vigente Código penal? Ponga un ejemplo de cada una.



Las descritas en el art. 28 CP.

- Inducción: Manuel encarga a un sicario el asesinato de su jefe.
- Cooperador necesario: Manuel aprovecha que tiene un viaje con el jefe, para llevarle durante el trayecto a una zona donde espera una segunda para matarle.
- Complicidad. Manuel se encuentra esperando a que la secretaria del jefe, consciente del plan puesto en marcha por Manuel, le avise de que se ha quedado solo, para entrar y matarle.

LECCIÓN 16

1. ¿Cuáles son los efectos de la apreciación de una causa de justificación?

- La conducta, que era típica y antijurídica, seguiría siendo típica, pero lícita.
- Su concurrencia implicaría la ausencia de responsabilidad penal del sujeto, así como la responsabilidad civil derivada del ilícito.
- Al igual que elimina la posibilidad de imponer pena alguna, también elimina la posibilidad de imponer una medida de seguridad, ya que se requiere la comisión de un delito.

2. ¿Todas las causas de justificación previstas en nuestro CP están definidas en el catálogo de eximentes del artículo 20? Ponga ejemplos.

No. En el art. 20 están recogidas la gran mayoría de éstas. No obstante, en la Parte Especial del CP están reguladas otras, por afectar a un delito o grupos de delitos concreto.

Dentro del art. 20 encontramos:

- La legítima defensa.
- El miedo insuperable.
- El obrar en el cumplimiento de un deber.
- El estado de necesidad, cuando el mal causado sea inferior al que se trata de evitar.
- El estado de intoxicación plena.

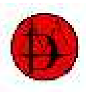
Como causas de justificación comprendidas en la Parte especial:

- El consentimiento de lesiones (art. 156.1 CP).
- La *exceptio veritatis* en las injurias (art. 210 CP).

3. Si tuviera que resumir en un solo principio el fundamento de las causas de justificación, ¿cómo lo explicaría?

Ante la multiplicidad de teorías sobre la clasificación de las causas de justificación según su fundamento, todas ellas defendibles; resulta más práctico e importante acudir a la clasificación según su estructura típica.

No obstante, en resumidas cuentas, puede definirse tal como sigue: Las causas de justificación de resultado cortado y mutiladas de varios actos, son aquellas estructuras empleadas por el legislador para promover que se produzca una conducta considerada valiosa, sin exigir que se realice un resultado concreto. Esto es así, ya que, de lo contrario, desincentivaría cualquier iniciativa al respecto. Por el contrario, las causas de justificación completas no son empleadas por el legislador para incentivar determinadas conductas valiosas, si no para justificar aquéllas dadas en unas circunstancias concretas por las que se les considera valiosas.



4. Ponga dos ejemplos de tipos de justificación de resultado cortado.

El agente de policía que presencia cómo dos individuos acaban de agredir a una persona y se dan a la fuga. Y durante la persecución, el vehículo policial enviste a un turismo que nada tenía que ver con el delito.

El médico que, fuera de servicio, presencia cómo una persona se cae al suelo en la calle víctima de un shock anafiláctico, y al reconocerlo a tiempo, entra en una farmacia para tomar los elementos necesarios para poder salvarle a la víctima.

5. ¿Las causas de justificación son aplicables a los delitos imprudentes? Si así fuera, ¿se exigiría en tal ámbito también la concurrencia de sus elementos subjetivos? Ponga un ejemplo.

Entiendo que sí podrían ser aplicables. Aunque los delitos imprudentes carecen de dolo, ergo el sujeto no dirige un determinado curso causal para la realización del delito, sí podría darse una causa de justificación en aquellos delitos imprudentes en los que la inobservancia del cuidado objetivamente debido se debiera a una imprudencia consciente.

Es decir, el sujeto, que no quiere que se produzca el resultado, conoce que no es absolutamente improbable que éste ocurra, decide actuar esperando que el mismo no se dé.

Además, si una causa de justificación, para ser eficaz, requiere que el sujeto conozca sus elementos objetivos y que actúe con la finalidad de realizarlos (elemento subjetivo).

Resulta que podría aplicarse a un delito imprudente cuando el sujeto que conoce, por un lado que, en base a su conducta, el resultado no es absolutamente improbable; y por el otro, que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación para el caso en que se diera el resultado, siempre que el sujeto actuara con la finalidad de realizar la causa de justificación.

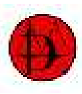
Así, por ejemplo: Pedro que acaba de aparcar y va con su hijo de 5 años, presencia cómo un hombre va a agredir a una mujer. Le pide a su hijo que se quede dentro del vehículo, un cinco de agosto por la tarde con una temperatura de 38°C, esperando que no le pase nada, y asiste a la mujer en virtud de la legítima defensa.

Si por algún casual, al regreso del padre, el niño estuviera desmayado por haber sufrido un golpe de calor, entiendo que al padre, en cuanto garante de la seguridad del menor, no se le podrían imputar responsabilidades.

6. Ponga dos ejemplos de elemento subjetivo de justificación trascendente.

El elemento subjetivo del valor de acción de la causa de justificación resulta trascendente en dos supuestos:

- Cuando no concurre. Por ejemplo: *Manuel, que le han dado el día libre, llega a casa y se encuentra que un desconocido está manteniendo relaciones con su mujer. Ante la situación, coge un cuchillo de la cocina y asesta varias puñaladas al desconocido. En realidad, dicho conocido era el cartero que, abusando de la confianza de la cónyuge de Manuel, accedió al domicilio para forzarla. Aun habiendo salvado o auxiliado a su mujer, no habrá actuado bajo la causa de justificación de la legítima defensa, por faltar precisamente la conciencia y voluntad de evitar dicho mal.*
- Cuando erróneamente el autor cree que concurren los elementos objetivos del tipo de justificación. Por ejemplo: *Pedro, vecino de Paloma, que tiene dos hijos, está en su casa que linda con la de Paloma, escuchando durante un largo rato gritos de auxilio de los niños. Pedro, con una palanca, fuerza la*



puerta de la vivienda de Paloma para auxiliar a los niños, pero en realidad estaban jugando todos juntos a hacerse cosquillas, y de ahí los gritos y peticiones de auxilio. En este caso, no concurren los elementos objetivos de la causa de justificación, y Pedro en realidad habría cometido el tipo delictivo del allanamiento de morada con fuerza. Sin embargo, al darse el elemento subjetivo, la conciencia y voluntad de evitar un mal, realizaría el tipo de una tentativa de justificación, que podría derivar en una eximente parcial o total.

7. Según la postura defendida en este Curso, ¿se puede afirmar la existencia de un valor de resultado que no provenga de un valor de acción? Explique por qué.

No. No pueda darse una causa de justificación que carezca de valor de acción, ya que éste es preceptivo para todo tipo de causa de justificación. Siendo el valor de resultado meramente facultativo: dando lugar, según concurra o no, a las causas de justificación completas o las de resultado cortado y mutiladas de varios actos, respectivamente.

Las causas de justificación se basan en que el valor de acción y el de resultado (si concurriera) compensan el desvalor de acción y el del resultado del tipo delictivo. Faltando el valor de acción, siendo este el que comprende los elementos objetivos y subjetivos del tipo justificativo así como su desarrollo externo, conllevaría a la inexistencia de causa alguna, por lo que la acción realizada sería un delito.

8. Enumere cuatro diferentes soluciones propuestas por la doctrina para resolver los supuestos en que un sujeto actúa sin los elementos subjetivos de justificación estando presente los elementos objetivos.

La falta del elemento subjetivo de justificación determina la inexistencia de la finalidad de evitar un mal, ergo no concurre el valor de acción exigido. Por consecuencia, no puede existir un valor de resultado, ya que éste deviene de aquél. Esta es la solución correcta y por la que se opta en este curso.

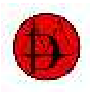
Además, existen otras tres soluciones incorrectas, basadas en la tesis de la justificación separada:

- Al darse el presunto valor de resultado (que no proviene del valor de acción), se compensa el desvalor del resultado, y subsistirá solamente un injusto parcial consistente en un desvalor de acción; que se penará sólo como tentativa.
- Aplicar en estos casos una eximente incompleta como atenuante.
- Aplicar una mera atenuante por analogía.

9. ¿Qué efectos tiene en los elementos del delito el caso contrario: el sujeto actúa con los elementos subjetivos del tipo de causa de justificación pero no se dan los elementos objetivos, en contra de lo que él erróneamente cree?

En estos supuestos, nos encontraremos ante casos de tentativa de justificación, que conlleva:

- Una disminución de lo injusto por la existencia de un cierto valor de acción, conformado por el intento de realizar el tipo objetivo, sin lograrlo, que ha de tenerse en cuenta en la graduación de la pena. Así, podría aplicarse:
  - Una eximente incompleta como atenuante.
  - Una eximente atenuante por analogía.
- Un error de prohibición, que determina la exclusión o disminución de la culpabilidad, según este sea:



- Vencible: Conllevaría una reducción de la culpabilidad. Sin embargo, esta atenuante y la anterior no serían simultáneas y acumulativas, sino que habría de aplicarse la más beneficiosa, por encontrarnos ante una relación de concurso de leyes.
- Invencible: Conllevaría la exención de responsabilidad.

10. ¿Cuál sería la solución penológica que permite nuestro CP para el supuesto anterior?

Atendiendo al componente del error de prohibición, si es vencible o invencible:

- Vencible: Aplicar la reducción de la pena derivada de la atenuante más beneficiosa, según lo contestado en la pregunta anterior.
- Invencible: La conducta estaría exenta de responsabilidad penal.

LECCIÓN 17

1. ¿Cuáles son los fundamentos de la aplicación de la legítima defensa?

La legítima defensa tiene un doble fundamento:

- Fundamento supraindividual: consistente en la necesidad continua de defensa del ordenamiento jurídico, al entenderse que, quien actúa defendiendo un bien jurídico, está defendiendo el Derecho positivo vigente.
- Fundamento individual: la necesidad de defensa de los bienes jurídicos individuales cuyo portador será una persona jurídica o física, ante las agresiones o puestas en peligro más graves.

2. ¿Cuál es la naturaleza de la eximente de legítima defensa?

Su naturaleza es de causa de justificación. En el caso de que concurran todos sus elementos, conllevará la licitud de la conducta típica. En caso de no concurrir todos sus elementos, podrá dar lugar a una eximente incompleta.

3. ¿Es posible la legítima defensa de un bien jurídico cuyo portador sea el Estado? Razone su respuesta.

Por lo general, no. Ya que se requiere que el portador de dicho bien jurídico sea una persona jurídica o física. Por lo tanto, sólo será posible en aquellos casos en los que el Estado actúe como persona jurídica.

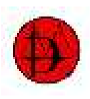
4. Distinga los elementos esenciales y no esenciales de la legítima defensa. ¿Qué ocurre en caso de que concurran todos los elementos de la legítima defensa? ¿U en caso de que falte algún elemento no esencial?

Son elementos esenciales aquellos cuya ausencia determina la imposibilidad de la aplicación de la causa de justificación, ni completa ni parcial. Estos son:

- La agresión ilegítima.
- El requisito subjetivo de la legítima defensa.

Son elementos no esenciales aquellos cuya ausencia no imposibilita la aplicación de una eximente incompleta. Estos son:

- La racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión.



- La falta de provocación suficiente.

5. ¿Es posible actuar en legítima defensa frente a la respuesta a una provocación suficiente?

Sí sería posible, cuando dicha provocación constituyera, a su vez, una agresión ilegítima.

6. ¿Cuáles son las clases de situaciones de necesidad? ¿Y las de estado de necesidad?

En primer lugar, debemos distinguir ambos conceptos.

- Estado de necesidad, como la eximente contemplada en el art. 20 CP. Clases:
    - Causa de justificación.
    - Causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad de la obediencia a la norma.
- Situación de necesidad, como requisito esencial de dicha eximente, entendiéndose como la situación de peligro actual para un bien jurídico, propio o ajeno, en la que la producción de un mal grave aparece como inminente e inevitable, salvo que se lesione los bienes jurídicos de otra persona o se infrinja un deber. Clases:
    - Según la magnitud del mal causado:
        - Situación de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales.
        - Situación de necesidad en caso de conflicto de intereses desiguales.
    - Según la relación del sujeto con el bien jurídico protegido:
        - Estado de necesidad propio.
        - Auxilio necesario.
        - Comunidad de peligro.

7. ¿Qué podemos decir de un planteamiento que diferencie la eximente de estado de necesidad según que el bien jurídico lesionado sea de la misma o de menor entidad que el salvaguardado?

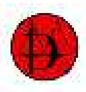
Dicho planteamiento es el seguido por la doctrina dominante. No obstante, existen dos posturas al respecto:

- La de la mayoría de la doctrina, por la que la eximente actuará como:
    - Causa de justificación: Cuando el mal causado sea inferior al que se trata de evitar.
    - Causa de exculpación: Cuando el mal causado sea igual al que se trata de evitar.
- La de CEREZO MIR, por la que la eximente actuará como:
    - Causa de justificación: Cuando el mal causado sea inferior al que se trataba de evitar, y además, se haya respetado el principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana.
    - Causa de exculpación: Cuando el mal causado sea igual al que se trataba de evitar, o bien, cuando, siendo el mal causado inferior al que se trataba de evitar, se haya vulnerado el principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana.

8. ¿Cuáles son los elementos a tener en cuenta en la ponderación de intereses que se encuentra tras la eximente de estado de necesidad?

La ponderación de intereses, o ponderación de males, tiene lugar para determinar cómo concurre el requisito no esencial de la eximente de estado de necesidad. La misma tiene en cuenta todos los intereses en juego desde la perspectiva de la clasificación de las situaciones de necesidad según la magnitud del mal causado. Así, resulta que:

- Si el mal causado era de la mista entidad que el mal a evitar, la eximente se aplicaría como causa de exculpación basada en la inexigibilidad.



- Si el mal causado era inferior al mal que se pretende evitar, la eximente se aplicará como causa de justificación.

Así, los elementos a tener en cuenta en dicha ponderación son: el mal causado y el mal a evitar.

9. ¿Cuáles son los elementos esenciales de la eximente de estado de necesidad?

Son elementos esenciales:

- La situación de necesidad.
- El elemento subjetivo.

Por el contrario, serían no esenciales: El mal causado menor o igual que el que se pretendía evitar; la falta de provocación intencionada de la situación de necesidad; y la inexistencia de obligación de sacrificio.

10. ¿Qué relación existe entre la eximente de estado de necesidad y la responsabilidad civil?

La aplicación de la eximente de estado de necesidad conlleva que el sujeto no pueda ser responsable penal, ya sea porque la conducta ha pasado a ser lícita (causa de justificación), bien porque, aun siendo ilícita, deje de ser culpable (causa de exculpación). Esto conlleva que, la responsabilidad penal no llega a nacer.

No obstante, en virtud del art. 118.1.3 CP, y los principios de gestión de negocios ajenos y de enriquecimiento injusto, la responsabilidad civil se mantiene para los daños ocasionados a terceros.

LECCIÓN 18

1. ¿Cuál es el fundamento de la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho? ¿Y su naturaleza?

Su fundamento radica en el principio del interés preponderante.

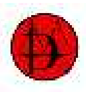
2. ¿Cuáles son los elementos esenciales de la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho? ¿Y los no esenciales? Explique la distinta trascendencia de unos y otros.

Son elementos esenciales, aquellos cuya ausencia determina la imposibilidad de aplicar la causa de justificación, ni completa ni parcialmente. Estos son:

- La situación de conflicto.
- El elemento subjetivo.

Son elementos no esenciales, aquellos cuya ausencia no imposibilita la aplicación de la eximente parcial. Estos son:

- El interés salvaguardado ha de ser de igual o superior entidad que el lesionado.
- El cumplimiento del deber o ejercicio del derecho legítimo de modo ajustado a su contenido.



3. ¿En qué tipo de situaciones un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad puede alegar la causa de justificación de la legítima defensa? ¿En cuáles está sujeto a los límites de la eximente de cumplimiento de un deber?

Para actuar en cumplimiento de un deber: Cuando éstos, en el desempeño de su oficio o cargo, sufran una agresión ilegítima, o bien, la sufra un tercero, siendo irrelevante si se encuentra o no de servicio para este última caso.

Para actuar en legítima defensa: Cuando éstos sufran una agresión ilegítima como particulares y por motivos particulares.

4. ¿Es obligatoria una orden manifiestamente ilícita de cometer una conducta típica? ¿Qué eximentes podrá alegar quien finalmente cumpla una de estas órdenes? Razone su respuesta.

Por norma general, una orden manifiestamente ilícita de cometer una conducta típica no será de obligado cumplimiento. Así, su realización, queda a criterio del subordinado, quien no podrá amparase en la obediencia debida ni el cumplimiento de un deber, como causas de justificación.

No obstante, existe un ámbito concreto de la Administración donde este tema se complica: las Fuerzas Armadas. Se plantea la duda de si sólo se excluyen de la causa los ilícitos penales, o si se extiende a cualquier conducta ilícita, optando la doctrina por esta última opción. Sin embargo, la práctica puede complicarse respecto a la teoría, donde por ejemplo: *un superior ordena a su subordinado no cursar la instancia de una vacante de otro sujeto con el que está enemistado. Dicha conducta es manifiestamente ilícita por atentar contra las normas de la LRJAPPAC*. En estos casos, el subordinado que acató las órdenes, podrá alegar la concurrencia de las eximentes de estado de necesidad, miedo insuperable, o error de prohibición.

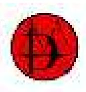
5. ¿Es lícita la conducta del padre que da un cachete a su hijo menor que le está amenazando con un cuchillo? Reflexione sobre la posible concurrencia de las distintas causas de justificación estudiadas en este Curso.

En este caso, podríamos considera, de primeras, la concurrencia de dos causas de justificación:

- Por un lado, la legítima defensa. Al darse una situación de grave peligro, al manejar un menor, que no es plenamente consciente de sus actos, un chuchillo. Poniendo en riesgo el bien jurídico de la integridad física, cuando no la vida, de su padre, los convivientes del hogar, e incluso la propia integridad física del menor, cuyo garante es el padre.
- Pero, por otro lado, atendiendo las circunstancias del caso concreto, también se podría pretender aplicar la causa de justificación del deber-derecho de corrección del hijo no emancipado. No obstante, las últimas modificaciones legislativas, tanto del CP como del CC, acaban por excluir cualquier manifestación, leve o grave, de los castigos corporales.

No obstante, la conclusión final que considero más correcta es que: el cachete y desarme del menor, como conducta típica estaría amparada por la causa de justificación de legítima defensa; y la posterior recriminación y castigo previsibles (amenazas e injurias y privación de libertad) sí que estarían amparadas por la causa de justificación del deber-derecho de corrección del hijo no emancipado.

6. Un cirujano practica una incisión de varios centímetros en el abdomen de un paciente con objeto de extirparle el apéndice. Reflexione sobre su posible responsabilidad penal en el caso de que la intervención sea



exitosa o se produzca un resultado de muerte como consecuencia de la intervención del cirujano y en este segundo caso según se haya aplicado o no lo práctica médica adecuada.

Nos encontramos ante una conducta típica de lesiones, y ante la posible aplicación de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho en el ámbito profesional.

En primer lugar, tenemos que determinar si se trata o no de una intervención médica curativa. En este caso, aunque se trate de una extirpación-amputación de una parte del cuerpo (lesiones), la misma se realiza con fines curativos, ya que de no intervenir, podría derivar en peritonitis y llegar a causar la muerte del paciente. Así, determinado el carácter curativo de la intervención, y presupuesto el consentimiento del paciente, queda analizar el resultado:

- Si el resultado es favorable. La causación de lesiones es favorable, lo que determina que no concurra el tipo objetivo del delito de lesiones corporales, ergo, la conducta será atípica.
- Si el resultado es desfavorable, y presupuesto el ánimo de curar, hay que determinar si el cirujano actuó conforme a la *lex artis*.
  - Si esto fuera negativo, el resultado se habría producido por inobservancia del cuidado objetivamente debido, por lo que estaríamos ante un tipo imprudente de lesiones, que no podría quedar amparado por la eximente del ejercicio legítimo de la profesión médica.
  - Si fuera positivo, a pesar del resultado, la conducta será atípica (según unos autores), o estará amparada por la causa de justificación del ejercicio de la profesión médica (según otros).

7. Analice los casos de vías de hecho desde la perspectiva de la causa de justificación del ejercicio de un derecho y desde la del estado de necesidad.

Por vías de hecho se entiende, el ejercicio arbitrario de un derecho con empleo de violencia, amenazas, coacciones o cualquier otro medio ilegítimo. Sin estar amparada por la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, constituye el tipo del delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP). Así, desde esta perspectiva, el sujeto estará realizando el tipo objetivo del delito sin que quepa aplicación de eximente alguna.

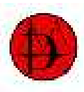
Relacionándola con la causa de justificación de estado de necesidad, entiendo que, podría llegar a estar amparada por ésta, cuando el mal causado sea igual o inferior al mal que se tratara de evitar. Y en todo caso, la responsabilidad por los daños causados podrá serle imputada civilmente al autor.

8. ¿En qué grupos de delitos el consentimiento del sujeto pasivo tiene naturaleza de causa de exclusión del tipo? ¿Cuál es su fundamento?

En los delitos en los que la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo sea un requisito esencial de la conducta típica. Por lo que, al concurrir éste, la misma dejaría de ser típica.

9.¿Es posible aplicar el consentimiento como causa de exclusión del tipo en aquellos supuestos en los que el sujeto activo desconoce su concurrencia? ¿Y cómo causa de justificación? Razone su respuesta.

La respuesta a la primera pregunta es afirmativa. Pues, por lo dicho en la pregunta anterior, la ausencia de consentimiento en este tipo de delitos forma parte de la conducta típica. Dicha ausencia, entiendo, que es



indiferente si se da por desconocimiento o porque simplemente no concurra. Así, en el caso de que, efectivamente, concurriera, la conducta pasaría de ser típica a ser atípica, y por lo tanto, no punible.

Sin embargo, y respondiendo a la segunda pregunta, en aquellas figuras delictivas en las que se protegen bienes jurídicos disponibles por parte del sujeto pasivo.

Su fundamento se basa en la prelación que se le da a la libertad de actuación de la voluntad (del sujeto pasivo) frente al desvalor de la acción y del resultado de la conducta del sujeto activo. Es decir, la voluntad de consentir del sujeto pasivo compensa el desvalor de lo injusto de la conducta del sujeto activo.

Así, el desconocimiento del consentimiento por parte del sujeto activo imposibilita la aplicación de la eximente, tanto completa como parcial.

10. ¿Qué distintas valoraciones merece la concurrencia del consentimiento en las lesiones?

En los delitos de lesiones, el consentimiento puede aparecer como:

- Atenuante. Aunque por lo general, la integridad física no es un bien jurídico disponible, en ciertos casos, la concurrencia del consentimiento, expreso, espontáneo y voluntario, compensa parcialmente el desvalor de la acción de lesionar.
- Causa de justificación. Por razones de interés social, existe unos supuestos tasados en los que el consentimiento, emitido conforme a los requisitos exigidos en la ley, compensan el desvalor de la acción de lesionar, y por tanto, dicha conducta pasa a ser lícita. Estos se encuentra regulados en el art. 156 CP.

LECCIÓN 19

1. Defina el concepto de circunstancia agravante y/o atenuante. ¿Cuáles son sus clases?

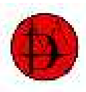
Todo hecho, condición o relación, que la ley regula para modular, sin excluir, la magnitud de lo injusto, la culpabilidad o la punibilidad del hecho delictivo. Se clasifican en:

- Genéricas. Reguladas en la Parte General del CP. Aplicables con todos los delitos compatibles con sus características.
- Específicas. Reguladas en la Parte Especial del CP. Están incluidas en la descripción típica de concretas figuras delictivas o grupos de delitos.

2. ¿Qué elementos han de concurrir para poder aplicar una causa de justificación incompleta? Señale cuáles son en el caso de la legítima defensa y el estado de necesidad.

Los elementos se distinguen entre esenciales y no esenciales. La ausencia de los esenciales imposibilita la aplicación de una causa de justificación, ya sea completa o incompleta. Ergo, serán cuando, concurriendo éstos, y faltando alguno de los no esenciales, podrá aplicarse una causa de justificación incompleta.

Los requisitos esenciales, tanto de la legítima defensa como del estado de necesidad, son similares, salvando las diferencias:



- La situación de conflicto.
- El elemento subjetivo: Conciencia y voluntad de actuar con el objetivo de realizar el tipo de la justificación.

3. ¿Qué tratamiento se concede a los supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa? ¿Y en los de exceso cronológico?

En la legítima defensa:

- Un exceso intensivo se refiere a la conducta llevada a cabo por el ofendido en defensa del bien jurídico de forma no congruente, desproporcionada o no usando el medio adecuado para ello. Es decir, en su respuesta ha causado más daño que el necesario para repeler o impedir la agresión ilegítima. Podrá aplicarse la causa de justificación incompleta, en concurrencia con otras eximentes, como la de miedo insuperable.
- Un exceso cronológico se refiere a la misma conducta por parte del ofendido, pero ahora no de forma desproporcionada, sino extemporánea. Es decir, con posterioridad a que la agresión ilegítima haya tenido lugar, o bien, cuando ésta ni ha empezado ni es inminente. En este caso, no se podrá aplicar causa de justificación alguna, ni completa ni incompleta, por faltar el elemento esencial de la situación de conflicto.

4. ¿Es posible aplicar una circunstancia agravante basándose exclusivamente en razones político criminales que determinen una mayor punibilidad de la conducta? Razone su respuesta partiendo de la circunstancia agravante de disfraz.

No, ni en la de disfraz, ni en cualquiera otra circunstancia agravante.

El aumento de la punibilidad de la conducta se debe a la mayor gravedad de lo injusto, que deriva del mayor desvalor de la conducta, al resultar ésta más peligrosa, desde una perspectiva *ex ante*, por el uso del disfraz.

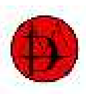
Si dicha aplicación se basara únicamente en razones político-criminales, se vulneraría el principio de culpabilidad.

5. ¿Cuál es el tratamiento legal de la causa de justificación incompleta del consentimiento del portador del bien jurídico? ¿Qué diferencias presenta con respecto al resto de causas de justificación incompletas?

Las circunstancias atenuantes eximentes estudiadas en el temario son las recogidas en el art. 20 CP, de las eximentes. Si bien, a diferencia del resto, el consentimiento no se encuentra entre las reguladas en dicho artículo. Por ello, la aplicación de esta atenuante no puede estar fundamentada en la regla del art. 21.1 CP, sino que se basa en la del art. 21.7 CP.

Por ello, la principal diferencia radica que, en lugar de consistir en una causa de justificación incompleta (de las del art. 20), consiste en una atenuante por analogía (por aplicación del art. 21.7) a una causa de justificación que, pese a no estar regulada en el art. 20, comparte con las allí definidas su *ratio essendi*.

6. ¿Qué significa que una circunstancia agravante es de tendencia? ¿Cuáles de las agravantes genéricas que suponen una mayor gravedad de lo injusto son de tendencia?



Que, respecto del requisito subjetivo de la circunstancia agravante, no se exige que se consiga el resultado del requisito objetivo, sino que es suficiente con que, desde una perspectiva *ex ante*, los medios empleados se muestren idóneos para tal fin. Entre éstas, encontramos:

- La alevosía.
- El disfraz.

En el resto de agravantes, se exige la realización eficaz del requisito objetivo.

7. ¿Cuál es la naturaleza de la circunstancia agravante de ensañamiento? Razone su respuesta.

Coincido con la opinión mayoritaria y la seguida en este curso. El ensañamiento participa de una naturaleza doble. Dicha agravante requiere:

- Por un lado, que se dé un aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima. Es decir, una actitud subjetiva cruel por parte del autor, lo que permite determinar una mayor reprochabilidad de la conducta. Esto es, una mayor culpabilidad.
- Por el otro, la causación de padecimientos innecesarios, resulta un exceso en la realización del tipo delictivo, esto es, un mayor desvalor de la conducta, que conlleva un mayor desvalor del resultado. Todo ello, implica un aumento de la gravedad de lo injusto.

Por lo tanto, el ensañamiento resulta una agravante a valorar tanto en la sede de la antijuridicidad como en la de la culpabilidad.

8. Describa los elementos constitutivos de la agravante de abuso de confianza.

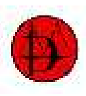
Para que se dé la agravante de abuso de confianza debe existir previamente una relación de confianza entre autor y víctima. Y dicho abuso debe ser efectivo, teniendo el autor la conciencia y voluntad de servirse de dicha circunstancia para facilitar la realización del delito.

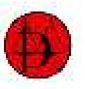
9. ¿Es posible aplicar la agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable en el delito de prevaricación judicial del art. 446 CP? Razone su respuesta.

Considero que no se podría aplicar dicha agravante al tratarse de un delito especial, que como tal, ya viene cualificado atendiendo a las especiales características que deben concurrir en el autor.

10. ¿Cuáles son el fundamento y la naturaleza de la circunstancia atenuante de parentesco o análoga relación de afectividad? ¿Y de la circunstancia agravante de parentesco o análoga relación de afectividad?

- El fundamento de esta circunstancia como atenuante se basa en una menor culpabilidad del autor, que habrá de valorarse para compensar el posible mayor injusto de la conducta.
- El fundamento de esta circunstancia como agravante se basa en una mayor gravedad de lo injusto, derivada del mayor desvalor de la conducta por la infracción de los deberes inherentes a este tipo de relaciones.





BIBLIOGRAFÍA

- *Curso de Derecho penal. Parte General*. Alicia Gil Gil, Juan Manuel Lacruz López, Mariano Melendo Pardos, José Núñez Fernández. ISBN: 9788490855379.
- *Código penal y legislación complementaria*:
    - https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1

